

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Théorie générale de la faute civile

Thunis, Xavier

Published in:

Responsabilités. Traité théorique et pratique

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 2017, Théorie générale de la faute civile: volume 1 : la faute civile, un concept polymorphe. Dans *Responsabilités. Traité théorique et pratique*. Kluwer, Bruxelles, p. 1-40.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

RESPONSABILITÉS – TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE

Titre II – Livre 20

Théorie de la faute civile

Volume 1

La faute civile, un concept polymorphe

(2^e édition)

Xavier Thunis

Professeur à l'Université de Namur

 **Wolters Kluwer**

Table des matières

LIMINAIRES	4
CHAPITRE 1^{ER}. PLACE ET RÔLE DE LA FAUTE : PREMIÈRE APPROCHE	6
SECTION 1 ^{RE} . <i>LA FAUTE DANS LE CODE CIVIL</i>	6
SECTION 2. <i>LA FAUTE DANS LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE</i>	8
CHAPITRE 2. DÉFINITION DE LA FAUTE CIVILE	17
SECTION 1 ^{RE} . <i>LE SILENCE DU CODE CIVIL</i>	17
SECTION 2. <i>LA FAUTE COMME CONSTRUCTION DOCTRINALE</i>	19
§ 1 ^{ER} . LA FAUTE EN DOCTRINE FRANÇAISE	20
§ 2. LA FAUTE EN DOCTRINE BELGE	22
§ 3. ESSAI DE SYNTHÈSE	24
CHAPITRE 3. AUX LIMITES DE LA FAUTE : L'ABUS DE DROIT	28
SECTION 1 ^{RE} . <i>L'ABUS DE DROIT, UNE CRÉATION JURISPRUDENTIELLE</i>	28
§ 1 ^{ER} . ÉTAPES PRINCIPALES	28
§ 2. DÉFINITION GÉNÉRALE ET CRITÈRES DE L'ABUS DE DROIT	31
SECTION 2. <i>FAUTE CIVILE ET ABUS DE DROIT</i>	33
§ 1 ^{ER} . L'ABUS DE DROIT, DÉPASSEMENT DES LIMITES DE L'EXERCICE NORMAL D'UN DROIT	33
§ 2. DE L'ABUS DE DROIT À LA FAUTE CIVILE PAR LE CRITÈRE DE PROPORTIONNALITÉ	35
INDEX	39

Liminaires

1. L'étude de la faute civile illustre une sorte de loi épistémologique : plus un concept est fondamental, moins il est définissable.

La transformation du droit de la responsabilité civile en droit de la réparation étire le concept de faute juridique¹. Pour des raisons d'indemnisation des victimes, la faute en vient à englober des peccadilles, des actes ou des omissions moralement irréprochables (erreurs infimes, distractions humainement inévitables, etc.) mais préjudiciables à autrui. Des « poussières » de fautes, a-t-on écrit. Hypertrophiée, la faute subit une mutation, une dénaturation qui en consacre l'autonomie par rapport à la morale sociale et à la morale tout court. Le bon père de famille et le bon professionnel, auxquels le droit de la responsabilité civile fait si souvent référence, acceptent mal cette dissociation du droit et de la morale². Pour le corps social et pour une partie de la communauté juridique, la responsabilité civile reste associée à la faute³ et la faute à la culpabilité⁴. Comment peut-on être responsable sans être coupable ?

Dans un univers sécularisé, la doctrine contemporaine n'ose plus définir la faute comme un péché juridique. Mais la culpabilité continue de travailler le droit de la responsabilité civile et d'en orienter certaines solutions⁵. Certains auteurs en appellent à une remoralisation de la faute civile et soutiennent que la faute ne peut exercer une fonction régulatrice des comportements que si elle retrouve un certain contenu moral⁶. Si l'on radicalise ce point de vue, il ne faudrait retenir, comme condition d'engagement de la responsabilité civile, que la faute caractérisée imputable à son auteur et non des maladresses insignifiantes qui n'ont de faute que le nom.

2. En investissant pratiquement tous les domaines du droit⁷, la faute est devenue protéiforme et insaisissable. En 1912, Ripert n'hésitait pas à écrire : « On ne peut même pas essayer de donner une définition de la faute »⁸. Cette affirmation excessive a le mérite de souligner la difficulté de la tâche.

Le droit positif est tiraillé entre deux conceptions antinomiques de la faute. Selon une première conception actuellement dominante, la faute, dégagée de toute connotation morale voire psychologique, se réduit à une transgression quasi matérielle. Elle est pratiquement construite à partir du dommage qu'il s'agit d'indemniser. Dans la seconde conception, c'est une faute qualifiée, grave, lourde, inexcusable ou répétée qu'il s'agit de sanctionner et parfois de punir, sous le couvert d'une rhétorique indemnitaire⁹. Cette dispersion des significations rend difficile l'élaboration d'une théorie générale de la faute, sauf à ad-

1. J.-L. Fagnart, « Recherches sur le droit de la réparation », in *Mélanges R. O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier 1994, pp. 135 et s.

2. On a évoqué, à ce propos, la rancœur des médecins déclarés juridiquement responsables en raison d'une faute professionnelle appréciée *in abstracto* alors que leur conduite n'a pas été blâmable au regard des règles sociales ou morales. J.-L. Fagnart, « Vers une proposition de directive spécifique sur la responsabilité du prestataire dans le secteur des soins de santé », in *La responsabilité du prestataire de services et du prestataire de soins de santé*, Académia-Bruylant, 1992, pp. 101 et s.

3. Voir la synthèse de L. Bach, « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *R.T.D. civ.*, 1977, pp. 22 et s. Il ressort de cette synthèse que certains auteurs et non des moindres réservent le terme de responsabilité à l'obligation de réparer découlant du seul fait fautif.

4. P. Esmein, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *R.T.D. civ.*, 1949, p. 481.

5. Dès 1965, la contre-offensive de la culpabilité avait été mise en évidence par G. Viney dans une thèse prémonitoire, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, L.G.D.J., 1965, pp. 210 et s.

6. Voir notamment Ph. Le Tourneau, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile, ou de la relativité de son déclin », *R.T.D. civ.*, 1988, p. 505.

7. Voir *La faute dans différentes branches du droit*, Barreau de Nivelles, UCL, juin 1999.

8. *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1912, p. 196.

9. Tel est le thème central de l'ouvrage de S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 1995 ; X. Thunis et B. Fosséprez, « Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, B. Dubuisson et P. Jourdain (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 237 à 310.

mettre que celle-ci se réduit à la recherche d'un dénominateur commun à la définition de toutes les fautes.

Notre étude tente, en multipliant les points de vue, de cerner les contours de la faute, sans prétendre la figer d'emblée dans une conceptualisation rigide. Comme l'écrit Bergson¹, avec autant de pertinence que d'élégance, « Il est inutile et il serait d'ailleurs le plus souvent impossible [au philosophe] de commencer par définir – comme certains le lui demandent – la nouvelle signification qu'il attribuera à un terme usuel, car toute son étude, tous les développements qu'il va nous présenter auront pour objet d'analyser ou de reconstituer avec exactitude et précision la chose que ce terme désigne vaguement aux yeux du sens commun ; et la définition, en pareille matière, ne peut être que cette analyse ou cette synthèse ; elle ne tiendrait pas dans une formule simple ». Cet avertissement s'applique à la doctrine juridique. Il y a lieu de s'en souvenir au seuil de cette étude.

3. L'étude est divisée en trois parties qui contribuent, chacune, à une définition et à une théorie de la faute. La faute est d'abord envisagée, de façon générale, par la place qu'elle occupe et les controverses qu'elle suscite (vol. 1). La faute se définit aussi par l'analyse de ses éléments constitutifs. Toute faute comporte un élément objectif, la violation ou la transgression d'une norme juridique, et un élément, subjectif ou psychologique, de conscience et de liberté permettant d'imputer la violation à l'auteur de celle-ci. Plus que d'éléments séparés, il s'agit de deux pôles nécessairement associés entre lesquels existe une tension. Entre ces deux pôles, l'équilibre n'est pas facile à trouver. Il varie. La jurisprudence belge a fait passer l'élément subjectif ou psychologique au second plan sans toutefois le supprimer totalement.

Qu'on l'appelle objectif ou matériel, le premier pôle de la faute se réfère à l'anormalité de l'acte. Le second, qu'on l'appelle moral, subjectif ou psychologique, se réfère, dans une certaine mesure, à l'auteur de l'acte, à ses facultés intellectuelles et volitives qui permettent de lui en imputer les conséquences. On examine successivement la faute comme acte contraire au droit (vol. 2) et dans sa dimension subjective ou psychologique, comme acte imputable à son auteur (vol.3).

4. **Plan de ce volume.** « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige ... » proclame l'article 1382 du Code civil. Séduisante par sa généralité, la formule est trompeuse et elle est rapidement corrigée. L'article 1382 précise que l'obligation de réparer concerne les dommages causés non par un fait quelconque de l'homme mais par son fait fautif. L'absence de définition légale n'a pas empêché la faute de jouer un rôle important dans le droit de la responsabilité civile. En préservant une certaine indétermination, le silence du Code civil a permis à la faute de s'ouvrir à l'évolution de la responsabilité civile (chapitre 1^{er}). L'absence de définition a son revers : la jurisprudence et la doctrine, tant belge que française, ont défendu différentes conceptions de la faute difficilement conciliables (chapitre 2). Même s'il est fuyant, un concept peut se préciser à la lumière de cas limites qui en révèlent les frontières. L'abus de droit, aux limites de la faute civile, contribue à sa définition (chapitre 3).

1. H. BERGSON, « Comment doivent écrire les philosophes? », in *Philosophie*, n° 54, Éd. de Minuit, juin 1997, p. 7.

Chapitre 1^{er}. Place et rôle de la faute : première approche

SECTION 1^{RE}. LA FAUTE DANS LE CODE CIVIL

5. Pour les rédacteurs du Code civil, il n'y a en principe pas de responsabilité sans faute. Une faute même légère (*tout fait quelconque*) suffit à engager la responsabilité civile de celui qui la commet. La faute englobe aussi bien les actes positifs (faute par commission) que les abstentions (faute par omission). L'article 1382 du Code civil ne définit pas la faute mais il en souligne la nécessité. L'article 1383 ajoute qu'une négligence ou une imprudence peut aussi engager la responsabilité civile. Cette sobriété surprenante livre des indications sur la philosophie juridique des rédacteurs du Code civil¹. Il s'agit de fonder un principe général de responsabilité civile sur un concept unitaire, susceptible d'appréhender la diversité des comportements moralement répréhensibles qui portent préjudice à autrui².

Le Code civil se distingue par là des droits de *common law*. Les tribunaux anglais et américains, par une méthode casuistique fondée sur la règle du précédent, ont progressivement dégagé des *torts* particuliers (*torts* de diffamation écrite (*libel*) et orale (*slander*), *tort* d'imprudence (*negligence*), etc.), en dehors desquels il n'existe en principe pas d'obligation de réparer. Mais sous la différence se cache une similitude : parmi ces *torts*, le *tort* de *negligence*, sanctionnant la violation d'un devoir de soins (*duty of care*), a pris une place prépondérante et a fait l'objet de généralisations successives qui le rapprochent fort du délit visé par l'article 1382 du Code civil³.

Dans l'affaire *Donoghue v. Stevenson*⁴, Madame Donoghue est prise d'un malaise gastrique, après avoir vu flotter dans son verre de *ginger beer* les restes d'un escargot décomposé. La question posée à la House of Lords est de savoir si, en l'absence de toute relation contractuelle (le *ginger beer* avait été servi par le tenancier d'un café mis hors cause), le fabricant du *ginger beer* est tenu d'un devoir de soins envers le consommateur final. Dans des réflexions célèbres, Lord Atkin, après avoir souligné l'absence de définition générale du devoir de soins en jurisprudence anglaise, tente de préciser à qui est dû ce devoir de soins.

« *It is remarkable how difficult it is to find in the English authorities statements of general application defining the relations between parties that give rise to the duty. The Courts are concerned with the particular relations which come before them in actual litigation, and it is sufficient to say whether the duty exists in those circumstances.*

(...)

At present I content myself with pointing out that in English Law there must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances. The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour ; and the lawyer's question, Who is my neighbour ? receives a restricted reply. You must

1. Pour un exposé complet, J.-L. FAGNART, « Introduction générale au droit de la responsabilité », in *Responsabilités Traité théorique et pratique* (ci-après, *Traité*), livre 1^{er} bis, Kluwer, 1999, n^{os} 12 et s. citant des extraits des travaux préparatoires du Code civil. On en trouvera aussi un commentaire confrontant faute civile et faute pénale dans Ch. HENNAU-HUBLET et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile: une parenté contestée », *Ann. dr. Louvain*, 1995, pp. 149 et s.

2. La conception moralisante des rédacteurs du Code civil a, comme on sait, été démentie par l'évolution ultérieure du droit positif. Cette conception a été partagée pendant longtemps par la doctrine. Voir A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1949, pp. 131 et s. Elle n'a rien de naïf ou de simpliste. Elle soutient qu'il y a une expression juridique de la faute morale, sans superposition ou identité de ce qui est devoir moral et de ce qui est devoir juridique.

3. Voir sur ce point les réflexions nuancées de B. HANOTIAU, « Torts et responsabilité civile », *Ann. dr. Louvain*, 1980, pp. 7 et s.

4. House of Lords, Scotland, *Donoghue v. Stevenson* (1932), A.C. 562.

take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be – persons who are so closely and directly related affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question ».

Ce raisonnement remarquable est le fait d'un juriste anglais qui se prétend allergique à la conceptualisation¹. La violation (*breach*) du devoir de soins engage celui qui la commet à l'égard des voisins ou des prochains (*neighbours*). Lord Atkin énonce, à sa façon, la théorie de la relativité aquilienne selon laquelle la réparation ne bénéficie qu'aux personnes que la règle transgressée ou le devoir violé vise à protéger et porte sur les dommages contre lesquels la règle entend prémunir les victimes. Cette théorie est consacrée par des décisions importantes en Angleterre et aux États-Unis². Elle trouve un appui législatif en droit hollandais dans l'article 163 du Code civil (livre 6) et, en droit allemand, dans le § 823, alinéa 2, du *Bürgerliches Gesetzbuch* (B.G.B.) qui énumère les intérêts dignes de protection (droit à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé, à la liberté et à la propriété)³. Pas plus que le droit anglais, le droit allemand ne connaît de disposition générale comparable à l'article 1382 du Code civil.

La théorie de la relativité aquilienne implique donc une recherche des intérêts protégés par la norme et une détermination des personnes protégées par celle-ci. Elle n'est pas admise en droit belge et français, bien qu'elle soit défendue par certains auteurs⁴. La rédaction générale de l'article 1382 du Code civil s'y oppose. Sans mettre de restriction quant au dommage réparable, il protège « autrui », tous les tiers victimes de la faute, pour autant qu'existe un lien causal entre celle-ci et le dommage qui en résulte. Toutefois, il y a, même dans ce système, des hypothèses qui peuvent évoquer la relativité aquilienne. En cas de violation d'une norme professionnelle, la responsabilité civile de l'auteur de la violation ne peut être engagée par les tiers que si ceux-ci parviennent à prouver que la norme violée ne vise pas uniquement à protéger les intérêts d'une profession déterminée. Ceci implique la détermination des destinataires de la protection prévue par la norme⁵. Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence selon laquelle un manquement contractuel ne constitue pas nécessairement une faute délictuelle à l'égard des tiers consacre une certaine relativité de la faute contractuelle.

6. En consacrant, sans la définir, une notion unitaire de la faute, les rédacteurs du Code civil avaient l'intention de rompre avec la hiérarchie des fautes (« théorie des trois fautes ») et avec une casuistique héritée de l'Ancien droit⁶. « Tout

1. Pour un exposé succinct des différentes interprétations données à *Donoghue v. Stevenson* par les juristes anglais, *Tort Law, Scope of Protection*, W. VAN GERVEN (dir.), Common Law of Europe Casebooks, Oxford, Hart Publishing 1998, pp. 22 et s.

2. Cf. notamment *Palsgraf v. Long Island R. Co.*, 1928, 248, N.Y. 339, 162 N.E. 99.

3. D. PHILIPPE, « La théorie de la relativité aquilienne », in *Mélanges R. O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 468 et s.

4. En droit français, M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 279 et s. et la référence à une note de M. PLANIOL (parue au *D.*, 1896, 81) qui était lui-même influencé par le droit allemand.

5. B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », in *La faute dans différentes branches du droit, o.c.*, pp. 29 et s. En matière bancaire, les conventions multilatérales entre banquiers pour la compensation des ordres de paiement finissent par construire une norme générale de bon comportement professionnel dont la violation peut constituer une faute invocable par les titulaires de compte. Voir à ce sujet, X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Namur, Presses universitaires de Namur, 1996, pp. 176 et s.

6. Pour un aperçu historique sur la théorie des trois fautes, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 2013, n^{os} 595 et s.

fait quelconque ... », indique l'article 1382 du Code civil. Toute faute suffit en principe à engager la responsabilité civile de celui qui la commet¹.

L'évolution du droit positif a, dans une certaine mesure, déjoué les intentions des rédacteurs du Code. La jurisprudence a, surtout dans le domaine des responsabilités professionnelles, parfois renoué avec la hiérarchie des fautes en qualifiant, inutilement, telle ou telle faute de faute lourde. Il faut reconnaître que le Code civil favorise, dans certains cas, une approche casuistique des choses. En matière contractuelle, le Code attache des effets spécifiques au dol, ce qui oblige, en droit belge, à le distinguer de la faute lourde (art. 1150 et 1151 C. civ.).

Enfin, le législateur contemporain confère parfois une immunité civile à certaines catégories d'agents, tels que les travailleurs (art. 18 de la loi du 3 juillet 1978) en restreignant leur responsabilité civile à des hypothèses de faute qualifiée, présentant un certain degré de gravité ou une certaine fréquence². La formule générale de l'article 1382 du Code civil reste valable mais certains régimes spéciaux en limitent la portée.

SECTION 2. LA FAUTE DANS LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

7. La faute continue à occuper une place essentielle en droit belge. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que l'exercice d'une activité de nature à causer un dommage n'est pas en soi fautif et que la seule existence d'un dommage ne permet pas d'inférer l'existence d'une faute³. La responsabilité civile est un correctif au principe selon lequel la charge des dommages est supportée, en première ligne, par ceux qui les subissent⁴. La responsabilité pour faute est une des manières dont une société déterminée répartit le poids des dommages résultant des relations, des « frictions » entre ses membres⁵. Cette précision permet de relier des solutions à première vue disparates. Au niveau microjuridique, le conducteur d'une voiture, emboutie par l'arrière dans un accident en chaîne, doit, s'il ne peut prouver la faute d'un des conducteurs qui le suivent, prendre à sa charge le dommage causé à son véhicule, même s'il n'est pas fautif. À un niveau plus général, la liberté d'entreprendre, de produire et d'échanger, qui insuffle son dynamisme à l'économie de marché, s'exprime aussi par une certaine liberté de nuire aux concurrents, dans les limites définies par les usages honnêtes et loyaux en matière commerciale, c'est-à-dire par la faute⁶.

1. Le principe s'applique aussi, en droit belge, à la responsabilité des pouvoirs publics analysée dans le volume 2. La responsabilité civile des pouvoirs publics a donné lieu aux définitions les plus précises de la faute civile et de ses éléments constitutifs. La définition de la faute, affinée par la Cour de cassation dans ses arrêts relatifs à la responsabilité civile des pouvoirs publics, sert de référence, dans le domaine extracontractuel, pour une définition de la faute en général. Voir P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 803.

2. R. MARCHETTI, « L'immunité en droit de la responsabilité civile: état des lieux et concepts voisins », *Trois conditions pour une responsabilité civile Sept regards*, coord. A. CATALDO et A. PÜTZ, Limal, Anthemis, 2016, p. 195.

3. Cass., 3 mai 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 972 ; Cass., 4 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 124 ; Cass., 4 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 149 ; Cass., 10 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 807, commenté par B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007, Dossiers du JT*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 22. En doctrine belge, cf. not. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 278, refusant avec vigueur l'idée qu'un acte puisse être répréhensible parce qu'il est dommageable.

4. Ce point essentiel est parfois perdu de vue avec la multiplication des responsables de tous ordres. Il est mis en évidence par F. GÉNY, « Risques et responsabilité », *R.T.D. civ.*, 1902, pp. 816 et s.

5. Dans son *Traité* (t. II, 3^e éd., n° 930), H. de Page écrit de façon frappante : « Envisagé aussi objectivement que possible, le problème de la responsabilité civile n'est qu'un problème de répartition des pertes ». Le problème est posé en des termes que ne désavoueraient pas les tenants de l'analyse économique du droit. Cela étant, la question cruciale est précisément de trouver un ou des critères de répartition qui soient éthiquement justes, économiquement efficaces et socialement acceptables.

6. Ce point de vue est contesté par L. Cornelis (*Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, Bruylant, Maklu, 1991, pp. 78 et s.) pour qui, semble-t-il, un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ne constitue pas nécessairement une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil.

La faute, de plus en plus largement interprétée, a toutefois des limites, comme le montre la théorie des troubles de voisinage. Après avoir, dans un premier temps, cherché à sanctionner l'auteur de troubles anormaux par le biais de la faute¹, la jurisprudence belge, telle qu'elle a été fixée par deux arrêts célèbres de la Cour de cassation en date du 6 avril 1960², a finalement consacré une certaine liberté de nuire au profit de ceux qui entreprennent ou développent sans faute une activité préjudiciable à leurs voisins³. Ces derniers, victimes d'un trouble excessif, pourront obtenir non pas la réparation du dommage subi mais une compensation destinée à rétablir l'équilibre rompu par l'activité licite dommageable⁴.

8. La multiplication des responsabilités objectives de toutes natures⁵ par voie jurisprudentielle et législative invite à se demander si notre système actuel de responsabilité civile est encore dans l'ensemble fondé sur la faute⁶. Celle-ci ne devient-elle pas un principe de responsabilité subsidiaire⁷ ou une survivance⁸ ? L'interrogation est d'autant plus légitime que des domaines de pratique quotidienne échappent à la faute. La réponse à cette question est nuancée.

En ce qui concerne la responsabilité du fait des produits, la loi du 25 février 1991 instaure une responsabilité sans faute à charge du producteur pour le dommage causé par un défaut de son produit (art. 1^{er} de la loi). Toutefois, la loi vise les dommages causés aux personnes et, à certaines conditions, les dommages causés aux biens. La nature du dommage fixe donc une limite au champ d'application de la loi. De plus, même dans un régime qui affirme la responsabilité sans faute, la faute reste présente : la faute de la victime du dommage peut avoir un effet partiellement ou totalement exonératoire pour le producteur (art. 10, § 2, de la loi).

Depuis la loi du 13 avril 1995, un système d'indemnisation automatique s'applique aux dommages corporels encourus par la victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule automoteur⁹. Ce n'est pas pour autant la fin de la faute¹⁰. Elle reste, jusque dans les discussions qui la mettent en cause, une catégorie mentale structurant notre univers moral, politique et donc juridique. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995 introduisant l'article 29bis dans la loi sur l'assurance automobile obligatoire que

1. Cass., 7 avril 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 273 et conclusions de l'Av. gén. JANSSENS DE BISTHOVEN ; *R.C.J.B.*, 1949, p. 201, note J. DABIN.

2. *Pas.*, 1960, I, p. 915 et s., conclusions de l'Av. gén. MAHAUX ; *R.C.J.B.*, 1960, p. 257, note J. DABIN. Sur l'ensemble de l'évolution et les fondements de la théorie, P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, pp. 1424 et s. ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 310 et s.

3. Nous préférons l'expression « liberté de nuire » à l'expression « droit de nuire ». *Contra* : après une discussion approfondie dans laquelle nous ne pouvons pas entrer ici, J. KARILA DE VAN, « Le droit de nuire », *R.T.D. civ.*, 1995, pp. 533 et s.

4. Même si elle est considérée avec quelque méfiance par les juristes, l'équité est souvent proposée comme le véritable fondement du rééquilibrage imposé par la théorie des troubles de voisinage. Nettement en ce sens, J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 944 et s. et les nombreuses références citées. Comparer l'analyse critique des différents fondements de la théorie et notamment de l'équité par S. STUNS et H. VUYE, *Burenhinder*, collection *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, t. V, Anvers, Story-Scientia, 2000, pp. 138 et s.

5. Le concept de responsabilité objective n'est pas homogène. Il recouvre une série de théories et de techniques qu'il importe de distinguer. H. BOCKEN, « Van fout naar risico. Een overzicht van de objectieve aansprakelijkheidsregelingen naar Belgisch recht », *T.P.R.*, 1984, pp. 329 et s.

6. La question a été posée à la Cour constitutionnelle dans une affaire relative à l'imputation des coûts d'assainissement d'un sol pollué, à propos d'une disposition décrétales de la Région flamande dont il était prétendu qu'elle instaurait une responsabilité objective dérogeant au régime de responsabilité du Code civil. Cour d'arbitrage, arrêt n° 58/94, du 14 juillet 1994, *Amén./Env.*, 1994/4, pp. 262 et s., obs. X. THUNIS.

7. Selon l'expression de P. JOURDAIN, « Droit à réparation », Fasc. 120-1, *Éditions du Juris-Classeur*, 1995, n° 3.

8. J.-L. FAGNART, « Les faits générateurs de responsabilité. Aperçu des principales tendances actuelles », in *Responsabilité et réparation des dommages*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1983, pp. 11 et s.

9. Pour une discussion du fondement de l'article 29bis, J.-L. FAGNART, « Introduction générale au droit de la responsabilité » *Traité*, livre 1bis, n° 49 ; P. VAN OMMESELAGHE, (*Droit des obligations*, t. II, *o.c.*, n° 1036), y voit un cas de responsabilité objective.

10. Sur ce thème, cf. le numéro 5 de la Revue *Droits*, P.U.F., 1987, intitulé *Fin de la faute?*.

l'accent a été mis délibérément sur l'indemnisation des victimes de dommages corporels par les assureurs et non sur l'instauration d'une responsabilité sans faute à charge du conducteur. L'opinion publique aurait trouvé injuste que le conducteur d'un véhicule soit responsable de dommages sans faute de sa part¹. Ne peut-on pas soutenir que la loi nouvelle soustrait l'indemnisation des dommages corporels non seulement au régime de la faute prouvée mais à la responsabilité civile elle-même ? Le recul de la faute pourrait bien s'identifier à celui de la responsabilité civile : deux des éléments traditionnels de celle-ci, la faute et le lien causal, sont écartés pour faire place à un système d'indemnisation automatique par l'assureur du conducteur en cas d'implication du véhicule automoteur dans un accident de la circulation entraînant des dommages corporels. Seule cette catégorie de dommages est couverte, les autres types de dommages continuant à relever du droit commun de la responsabilité civile. Le dommage corporel est soustrait à l'empire de la responsabilité civile pour faute. La nature du dommage subi par la victime oriente le système de réparation adopté et le choix du fait générateur sur lequel il s'appuie. En dehors de cette indemnisation spéciale prévue en faveur de la victime, le droit commun de la responsabilité civile, et donc la faute, reprend son empire (art. 29*bis*, § 5). Elle s'applique notamment au recours contre l'auteur responsable de l'accident, pour la partie du dommage qui ne répond pas aux conditions prévues par l'article 29*bis*.

9. Dans sa théorie de la garantie soutenue en 1947², B. Starck avait brillamment anticipé l'évolution du droit positif. Selon cet auteur, toute personne possède un droit à la conservation de sa vie, de son corps et de ses biens, ce qu'il nomme un droit à la sécurité. La lésion du droit à la sécurité corporelle ou matérielle établit l'illicéité du dommage et ouvre à la victime le droit à réparation. En revanche, l'atteinte à des intérêts d'ordre économique ou moral n'entraîne la responsabilité de son auteur que si sa faute peut être établie.

La thèse a été discutée³. Elle est animée d'une intuition étonnante que le droit de la responsabilité contemporain confirme partiellement. La faute n'est plus le seul fondement de l'obligation d'indemniser dans le domaine du dommage corporel. Néanmoins, l'article 1382 du Code civil continue d'exprimer le droit commun de la responsabilité civile. Il le fait sous la forme d'une clause générale de responsabilité pour faute, sans distinguer selon que la faute est intentionnelle ou non, selon la nature des dommages causés, ni même selon la qualité des parties⁴.

Le droit français de la responsabilité civile, en cours de réforme, ne consacre pas l'existence d'un domaine garanti et ne sélectionne pas les dommages réparables. L'article 1241 du projet de loi français sur la réforme de la responsabilité civile⁵ dispose que « Toute faute oblige son auteur à réparer le préjudice qu'elle a causé ». L'article 1242 définit la faute comme « la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ». La faute civile est définie par le législateur français mais la philosophie générale ne

1. Voir les passages cités par J.-L. FAGNART, « Introduction générale au droit de la responsabilité », ce *Traité*, Livre 1^{er bis}, n° 49.

2. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, Rodstein, 1947, part. pp. 49 et s.

3. Voir entre autres M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 253 et s. Sur l'influence de la théorie de Starck et son actualité en droit privé français, CH. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du code civil », *R.T.D. civ.*, 2012, p. 256.

4. B. DUBUISSON, « Faut-il réformer le Code civil (II) ? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle », *J.T.*, 2016, p.676, n°s 10 à 13.

5. À ce jour, deux textes se sont succédés, un avant-projet du 29 avril 2016 et un projet de mars 2017. Nous nous référons au projet. Pour un commentaire, J.-S. BORGHETTI, « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *D.*, 2017, p. 770.

change pas. Il n'y a pas de distinction dans les conditions de la responsabilité civile ou la protection octroyée selon la nature du dommage causé¹.

L'absence de hiérarchisation des intérêts protégés par la responsabilité civile est critiquée par une partie de la doctrine française, en particulier celle qui s'attache à cerner les liens entre la responsabilité civile et les droits fondamentaux². L'approche « libérale » a toutefois ses avantages. Grâce à la plasticité des concepts fondamentaux, elle a permis de faire émerger progressivement des droits subjectifs, qui ont par la suite pu conquérir leur autonomie, via, le cas échéant, une consécration légale les dotant d'une protection distincte de celle assurée par la responsabilité civile³.

Les rapports entre la faute civile et la violation d'un droit subjectif ne sont pas simples. Même quand un texte spécifique organise la protection du droit en cause, comme c'est le cas pour les droits de propriété intellectuelle, la responsabilité civile reste présente. Les travaux préparatoires de la loi du 10 mai 2007 sur les aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle, intégrée dans le Code de droit économique (art. XI, 333 et s.), rappellent le principe, énoncé par la Cour de cassation, selon lequel la violation de la loi est une faute pourvu que la transgression soit commise librement et sciemment⁴. Or, il est admis, sur la base du texte de la loi, que l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle ouvre le droit à réparation, sans démonstration complémentaire d'une faute ou de la violation d'une norme de diligence.

La protection spécifique qui s'attache aux droits subjectifs, si elle diffère de la réparation prévue par la responsabilité, est soumise à des conditions que l'on rapproche naturellement de celles de la responsabilité civile : là où cette dernière exige la preuve, par la victime, d'un dommage et d'une faute, l'atteinte au droit subjectif suffirait à établir le préjudice subi par la victime et la faute de l'auteur du dommage. Signe de l'autonomie des droits subjectifs ou simple assouplissement des conditions de la responsabilité civile⁵ ? La question est discutée. Elle montre que la responsabilité civile, qui semble avoir une capacité infinie d'expansion et d'adaptation, reste présente à l'avant-plan ou en sourdine, avec des répercussions sur la définition de la faute et sur la consistance de sa composante subjective.

10. La responsabilité civile et la faute restent utiles pour protéger un patrimoine collectif contre les atteintes qui y sont portées. La faute, concept ouvert, peut constituer un instrument efficace pour protéger l'environnement et sanctionner

1. M. BACACHE, « La recodification des principes classiques », *J.C.P. (éd. G.)*, 2016, pp. 22 et 23, se référant à l'article 1235 de l'avant-projet qui ne fait aucune distinction selon la nature de l'intérêt lésé.
2. Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *o.c.*, *R.T.D. civ.*, 2012, pp. 263 et s. ; B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2015, pp. 172 et s. *Contra* : dans un sens approuvateur de l'option retenue par le projet, M. BACACHE, *op. cit.*, n° 11. L'auteur considère que le principe d'absence de sélection des préjudices réparables reste souhaitable en droit français, bien que le droit comparé et les projets d'harmonisation de la responsabilité civile offrent de nombreux exemples de systèmes fermés. Comparer : en droit belge, les réflexions de S. SOMERS, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrecht. Kruisbestuiving in een meer geslaagde rechtsorde*, Antwerpen et Cambridge, Intersentia, 2016, spéc. pp. 329 et s.
3. Sur ce thème, T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *R.T.D. civ.*, 2007, p. 227. Comparer : E. GULDIX et A. WYLLEMAN, « De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht », *T.P.R.*, 1999-4, pp. 1639 et s.
4. Projet de loi relatif aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n°s 51-2943/001 et 51-2944/001.
5. Voir les questions de G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, o.c.*, pp. 455 et 456, n° 449. La violation d'un droit subjectif constitue-t-elle automatiquement une faute ou doit-elle en outre présenter une composante subjective pour engager la responsabilité civile de son auteur ? Nous pensons que, sauf disposition légale contraire, un élément psychologique reste requis. Sur cette controverse, S. SOMERS, *o.c.*, pp. 323 à 339. En jurisprudence belge, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence. 1996-2007, o.c.*, pp. 45 et s. Voir aussi *infra*, n°s 24 à 26 et 70 et 71.

les pollueurs¹, surtout quand elle est couplée à une interprétation stricte du fait justificatif et de la cause étrangère exonératoire². Il n'y a pas de réelle solution de continuité entre une responsabilité pour faute largement définie et une responsabilité sans faute. Le véritable problème en matière d'environnement, comme le montre la célèbre affaire Erika, n'est pas la démonstration des fautes commises, en l'occurrence graves et pénalement sanctionnées, mais l'indemnisation du préjudice écologique pur causé par la marée noire aux collectivités locales et associations environnementales³.

Le principe du pollueur-payeur et le principe de précaution ne sont pas initialement des principes de responsabilité civile mais ils exerceront une influence sur celle-ci⁴. La place que la faute civile va occuper reste toutefois incertaine. Comme le droit de la responsabilité civile est travaillé par une logique indemnitaire, la responsabilité sans faute est privilégiée comme instrument de protection de l'environnement. Elle est apparue comme un corollaire du principe du pollueur-payeur. La directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale indique dans son deuxième considérant, qu'« [il] convient de mettre en œuvre la prévention et la réparation des dommages environnementaux en appliquant le principe 'pollueur-payeur' inscrit dans le traité, et conformément au principe du développement durable ... ». Ce faisant, la directive consacre sur le plan juridique un principe dont la fonction première était d'assurer l'internalisation des coûts environnementaux et non de prévenir ou d'indemniser des dommages environnementaux. Alors qu'elle se base sur le principe du pollueur-payeur, la directive prévoit, dans un article 3 assez touffu, deux régimes de responsabilité distincts, tantôt sans faute, tantôt pour faute, en fonction de la nature de l'activité professionnelle de l'exploitant (dangereuse ou non) et du type d'élément naturel affecté par l'activité en cause. Le principe du pollueur-payeur est muet sur la nature du fait générateur. Il n'implique pas, de façon déterministe, tel ou tel régime de responsabilité civile. La responsabilité civile ne se résume pas à la recherche d'un payeur⁵.

Le principe de précaution pourrait conférer un regain de vitalité à la responsabilité pour faute⁶. L'arrêt *Artégodon c. Commission* définit le principe de précaution « comme un principe général du droit communautaire imposant aux autorités compétentes des mesures appropriées en vue de prévenir certains

1. La jurisprudence en matière de pollution des eaux, qui a assez tôt retenu la responsabilité des pouvoirs publics, le montre à suffisance. Bruxelles, 13 mai 1963, *J.T.*, 1963, p. 695 (responsabilité des communes pour l'écoulement d'égouts dans un ruisseau provoquant la pollution d'un étang voisin) ; Liège, 9 février 1984, *J.T.*, 1985, p. 320., note B. JADOT (décision statuant sur la responsabilité des communes pour le déversement des eaux usées polluant les étangs d'une pêcherie ainsi que sur la responsabilité des pouvoirs publics, état et Région pour n'avoir pas procédé à la création de stations d'épuration) ; Civ. Liège, 12 octobre 1992, *Amén./Env.*, 1993/3, p. 172 (condamnation *in solidum* d'une commune et d'une société d'épuration).

2. Voir, p. ex., Liège, 23 juin 1994, *Amén./Env.*, 1994/4, p. 295.

3. Trib. gr. inst. Paris, 16 janvier 2008, *D.*, 2008, chron., p. 2681, note L. NEYRET, « Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement » ; Paris, 30 mars 2010, *D.*, 2010, p. 2476 et l'étude de L. NEYRET, « L'affaire de l'Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *D.*, 2010, chron., p. 2239. Le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris, qui donne une remarquable définition du préjudice écologique pur, a été rejeté par la Cour de cassation française dans un arrêt du 25 septembre 2012, *R.T.D. civ.*, 2013, p. 119, obs. P. JOURDAIN.

4. Sur l'ensemble de la question, X. THUNIS, « Fonctions et fondements de la responsabilité en matière environnementale », in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, sous la dir. de G. VINEY et B. DUBUISSON, Schulthess, Bruylant, L.G.D.J., 2006, pp. 54 à 58. Comparer : P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, o.c., n° 805. L'auteur souligne le caractère confus et indéterminé du principe de précaution.

5. Le principe est de plus en plus invoqué dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment pour interpréter la directive du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale. Il est, à notre connaissance, peu utilisé dans la jurisprudence judiciaire relative à la responsabilité civile. Il sous-tend ou conforte des solutions permettant une imputation des coûts de dépollution ou de prévention au pollueur dont la faute est établie. Voir Mons, 9 juin 2009, *Amén./Env.*, 2009, p. 303 ; Mons, 30 novembre 2016, *Amén./Env.*, 2017, p. 144.

6. En ce sens, M. REMOND-GOUILLOU, « Du risque à la faute », *Risques*, n° 11, juillet-septembre 1992, pp. 22 et s. ; G. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *D.*, 1995, chron., pp. 304 et s.

risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ses intérêts sur les intérêts économiques »¹. Le principe de précaution ne vise pas à supprimer tout risque. Il n'a pas non plus pour objet ou pour effet de n'autoriser que les activités totalement et sûrement inoffensives. C'est un principe non d'abstention en cas de doute mais de décision et d'action raisonnée en situation d'incertitude. Pas plus que le principe du pollueur-payeur, le principe de précaution n'est initialement une règle de responsabilité. Il remplit une fonction d'anticipation et concerne des risques collectifs non identifiés ou dont l'ampleur est mal connue. Les risques soumis au principe de précaution sont des risques suspectés. S'ils peuvent relever du droit administratif, ils échappent à la responsabilité civile centrée sur la réparation d'un dommage certain et prévisible².

La précaution n'est toutefois pas inconnue du droit de la responsabilité civile : l'homme prudent prend les précautions nécessaires pour prévenir le dommage. Traduite dans le langage de la responsabilité civile, la précaution serait une prudence redoublée dans un contexte d'incertitude et de déficit des connaissances³. La crainte a été exprimée en doctrine française qu'une extension de la responsabilité pour faute, revitalisée par la précaution, ne conduise à un recul de la responsabilité sans faute⁴. À notre avis, le principe de précaution ne va pas remettre en cause les régimes de responsabilité sans faute. Il va multiplier les hypothèses de faute en inspirant des réglementations nouvelles qui imposent aux agents publics et privés⁵ de s'interroger sur les risques suspectés de l'activité ou du produit projeté, d'en préciser, autant que possible, la nature ou l'ampleur et d'en informer les pouvoirs publics et le public. La violation de ces obligations constituera une faute. Le principe de précaution peut aussi conduire à un renforcement du devoir de prudence et de diligence et à une appréciation plus stricte des causes de justification⁶. Cette tendance ne peut que s'affirmer s'il acquiert, comme en droit français, une valeur constitutionnelle⁷.

11. « L'aiguillon de la responsabilité pour faute [est] nécessaire dans toute société qui veut vivre » écrit Carbonnier⁸. L'affirmation prend tout son relief si l'on tient compte d'une tendance à la constitutionnalisation du droit privé. Cette tendance s'exprime, dans notre domaine, de deux façons. D'une part, le principe de la

1. Aff. T-74/00, 26 novembre 2002, § 184.

2. C'est pour cette raison, à notre avis, que le principe de précaution ne peut devenir un principe général de la responsabilité civile et non parce qu'il serait confus ou mal défini. Comparer : P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, o.c., n° 805. L'auteur souligne le caractère vague du principe de précaution. Cet argument n'est pas décisif. La faute, le dommage et le lien causal n'ont pas été définis par le Code civil. Leur définition s'est précisée au fur et à mesure des applications. Personne ne leur dénie un contenu et une fonction juridiques, malgré les débats qu'ils continuent de susciter et le brouillard qui enveloppe certaines questions fondamentales comme l'unité de la faute et de l'illégalité ou l'indemnisation de la perte d'une chance.

3. En ce sens, J.-L. FAGNART, « Principe de précaution et responsabilité civile », *Bull. ass.*, 2011, p. 124.

4. G. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », o.c., pp. 304 et s.

5. La définition citée au texte vise des destinataires publics mais on peut penser que les agents privés seront affectés par voie de conséquence et appelés à coopérer plus intensément avec les pouvoirs publics pour la mise en œuvre du principe. Voir sur ce point, A. GUÉGUAN, « L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », *R.J.E.*, Société française pour le droit de l'environnement, 2000/2, p. 153 et s.

6. En ce sens, B. DUBUISSON, « Regards croisés sur le principe de précaution », *Amén./Env.*, 2000, n° spécial, pp. 17 et s. ; X. THUNIS, « Fonctions et fondements de la responsabilité en matière environnementale », o.c., 2006, pp. 61 à 64 ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2005 ; M. BOUTONNET, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *D.*, 2010, p. 2662.

7. Selon l'art. 5 de la Charte constitutionnelle de l'environnement : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attribution, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. ».

8. *Droit civil*, t. 4. *Les obligations*, 20^e éd., PUF, 1996, p. 347.

responsabilité pour faute peut se voir reconnaître une valeur constitutionnelle, comme cela résulte, en France, de la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹. D'autre part, l'intervention des juridictions constitutionnelles peut remettre en cause certaines solutions du droit privé. Un arrêt du 18 décembre 1996 de la Cour constitutionnelle² fournit une illustration de la façon dont la Cour exerce une influence sur le droit de la responsabilité civile par le biais du principe d'égalité³. Un agent de police trop nerveux blesse accidentellement le locataire d'un immeuble, qu'il prend par méprise pour le voleur qu'il tente d'appréhender. L'agent fautif est condamné pénalement tout en bénéficiant de la suspension du prononcé. L'État belge voit sa responsabilité civile engagée *in solidum* avec son organe, qui agissait dans l'exercice de ses fonctions. Il indemnise la victime pour la faute de son organe et exerce une action récursoire contre celui-ci, sur la base des articles 1382, 1383 et 1251, 3^e du Code civil. L'agent de police, en tant qu'organe, subit donc le recours, en pratique assez rare, de l'autorité publique pour une faute légère occasionnelle. S'il avait été un travailleur sous contrat d'emploi, ce recours n'aurait pas été possible, puisque l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 limite la responsabilité civile du travailleur, vis-à-vis de l'employeur et des tiers, aux dommages causés par son dol, sa faute lourde ou sa faute légère habituelle. L'agent de police critique cette différence de traitement que la Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle, estime injustifiée pour les motifs suivants :

« B.3. Il découle de ce qui précède qu'en ce qui concerne la responsabilité civile résultant d'une faute légère occasionnelle, le législateur a établi une différence de traitement entre les membres du personnel statutaire occupés par les pouvoirs publics d'une part, et les travailleurs contractuels en général, d'autre part, puisque seuls les premiers sont exposés au risque d'une action récursoire de l'employeur visant au remboursement du dédommagement payé par celui-ci à des tiers. Cette différence de traitement, qui n'a d'ailleurs pas été défendue devant la Cour, n'est pas justifiée étant donné la similitude des relations de travail comparées, notamment sous l'angle de la subordination juridique ».

L'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, qui établit une immunité de responsabilité au profit des travailleurs sous contrat d'emploi pour les fautes légères commises dans l'exercice de leurs fonctions, est au cœur du problème. Cette immunité a été sévèrement critiquée⁴. Le souci de protection des intérêts des travailleurs est compréhensible mais la solution législative retenue, dérogatoire au droit commun, affaiblit la protection des victimes⁵.

L'inconstitutionnalité de la différence de traitement stigmatisée par la Cour place le législateur devant un choix. Soit il revient au droit commun en supprimant l'immunité de responsabilité civile dont bénéficient les travailleurs sous contrat d'emploi en vertu de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 ; soit il étend le bénéfice de l'immunité aux personnes qui travaillent dans des conditions de subordination comparables à celles d'un contrat d'emploi.

Les termes de ce choix sont révélateurs des orientations que peut prendre la responsabilité civile pour faute quand il s'agit de l'appliquer à ceux que leur fonction expose aux demandes en réparation des tiers. Un régime de faute

1. B. GIRARD, *o.c.*, pp. 34 et s. Cette jurisprudence ne frappe pas pour autant d'inconstitutionnalité la responsabilité sans faute. Sur les effets de la protection constitutionnelle de la responsabilité pour faute, *ibid.*, p. 93, n° 79. Comparer, en droit belge, la remarque incidente de P. VAN OMMESELAGHE, (*Droit des obligations*, t. I, *o.c.*, n° 46) qui considère l'article 1382 du Code civil comme un principe général de droit énoncé par la loi.

2. C.A., 18 décembre 1996, n° 77/96, *M.B.*, 8 février 1997 ; *R.C.J.B.*, 1998, pp. 222 et s. note Ph. COENRAETS ; J.-P. LACOMBLE, *Journ. proc.*, 24 janvier 1997, p. 31 ; I. MOREAU-MARGRÈVE et A. GOSSELIN, « Grands arrêts récents en matière de responsabilité civile », *Act. dr.*, 1998, pp. 447 et s. (ces auteurs s'attachent à décrypter un arrêt qualifié « d'oracle de la Pythie de Delphes »).

3. Sur l'ensemble de la question, H. BOCKEN, « Het aansprakelijkheidsrecht in de steigers », *T.P.R.*, 1999/2, pp. 567 et s.

4. Voir, en particulier, R. O. DALCO, « Le législateur contre le droit », *R.G.A.R.*, 1979, 10040.

5. Sur l'ensemble du débat, Ph. COENRAETS, *o.c.*, pp. 243 et s. Une solution juridiquement plus correcte, proposée par le Professeur Dalcq dans son article (cité à la note précédente), aurait été de maintenir le principe de la responsabilité pour faute et d'imposer à l'employeur la souscription d'une assurance responsabilité civile professionnelle au bénéfice de ses travailleurs.

simple est sévère pour le fautif mais il est favorable aux tiers. Le législateur belge s'engage dans la seconde voie, plus clément pour les auteurs de dommages mais déroge au droit commun¹.

Les immunités ne concernent pas seulement les auteurs de dommages. Elles peuvent aussi concerner les victimes d'accidents, notamment les victimes d'accidents de la circulation qui gardent le bénéfice de l'indemnisation automatique en cas de faute non intentionnelle. Elles ne le perdent que si elles ont voulu l'accident et ses conséquences, à condition qu'elles soient âgées de plus de 14 ans (art. 29bis, § 1^{er}, al. 6, de la loi du 21 novembre 1989). Dans le même sens mais de façon plus équilibrée, l'article 1287 du projet de réforme français de mars 2017 prévoit, dans la section consacrée au fait des véhicules à moteur, qu'« En cas de dommage corporel, la faute de la victime est sans incidence sur son droit à réparation. Toutefois, la faute inexcusable prive la victime de tout droit à réparation si elle a été la cause exclusive de l'accident ». La casuistique des fautes renaît.

12. Selon la jurisprudence belge, les dispositions des articles 1382 et suivants du Code civil ne sont ni d'ordre public ni impératives², ce qui signifie que des exonérations et des limitations sont possibles. La jurisprudence a toutefois mis des limites strictes à la validité des clauses modifiant la responsabilité³. Sous la poussée consumériste et conformément au droit européen, le législateur belge a, dans des législations successives, considérablement réduit les possibilités d'exonération dans les contrats conclus entre entreprises et consommateurs. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire la longue liste des clauses abusives interdites à l'article VI. 83 du Code de droit économique. L'article VI. 83, 25 du Code considère, de façon générale, que sont abusives les clauses qui ont pour objet « d'exclure ou de limiter la responsabilité légale de l'entreprise en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci résultant d'un acte ou d'une omission de cette entreprise ». Peut-on encore affirmer la validité de principe des clauses exonératoires dans l'hypothèse d'un dommage corporel⁴ ? Dans le même sens, l'article 10, § 1^{er}, de la loi du 25 février 1991 sur la responsabilité du fait des produits défectueux interdit au producteur d'écarter ou de limiter sa responsabilité à l'égard de la victime pour les dommages corporels causés par la défectuosité du produit mis en circulation.

La multiplication des restrictions légales et jurisprudentielles semble conférer aux articles 1382 et suivants, au moins dans les relations de consommation, un caractère impératif et même d'ordre public. Il est curieux que ce caractère leur soit dénié par la doctrine et la jurisprudence belges alors que la responsabilité pour faute est un pilier du droit des obligations, tout comme la bonne foi⁵. Le droit français prohibe les conventions tendant à exclure l'obligation de sécurité

1. Cf. les articles 47 et 48 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, les articles 91 et 92 de la loi du 20 mai 1994 relative au statut du personnel militaire ainsi que la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des personnes publiques et de leurs agents. Pour plus de détails, R. MARCHETTI, « L'immunité en droit de la responsabilité civile: état des lieux et concepts voisins », *Trois conditions pour une responsabilité civile Sept regards*, coord. A. CATALDO et A. PÜTZ, Limal, Anthemis, 2016, pp. 201 et s. En jurisprudence belge, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, o.c., pp. 150 à 161, pp. 597 et s.

2. Voir la jurisprudence citée par J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 39, n^{os} 30 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, o.c., n^{os} 1156-1158. Jurisprudence constante depuis Cass., 21 février 1907, *Pas.*, 1907, I, p. 135. Dans la jurisprudence ultérieure, Cass., 15 février 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 171 ; Cass., 12 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 462 ; *J.T.*, 1987, p. 381 ; Cass., 29 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 124.

3. Et même des règlements. B. JADOT et X. THUNIS, « La responsabilité civile de la Région wallonne en matière de qualité des eaux de surface: à propos de l'article 19 du décret du 7 octobre 1985 », *Amén./Env.*, 1998/1, pp. 62 et s.

4. En ce sens, B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, sous la direction de P. WÉRY, Bruxelles, La Charte, 2001, pp. 32 et s.

5. X. THUNIS et B. FOSSÉPREZ, « Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, sous la direction de B. DUBUISSON et P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. -310.

et à faire obstacle à l'indemnisation du dommage corporel¹. L'article 1281 du projet de réforme français prévoit expressément que « Les clauses ayant pour objet ou pour effet de limiter la responsabilité sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle. Toutefois, la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel ».

13. Au terme de cet exposé introductif, la place de la faute en droit positif peut être provisoirement résumée comme suit :

1. la faute n'est plus une condition nécessaire de la responsabilité civile, mais elle occupe toujours une place essentielle dans la responsabilité du fait personnel. La faute occupe une place de choix dans les projets d'harmonisation du droit de la responsabilité civile tels que les *Principes du droit européen de la responsabilité civile*². L'article 1283 du projet de réforme français la soustrait à la liberté contractuelle : « en matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la responsabilité pour faute ». Cette interdiction est la conséquence logique de la consécration constitutionnelle de la responsabilité pour faute ;
2. en principe, la faute simple (légère, voire la plus légère) suffit à engager la responsabilité du fait personnel, contractuelle ou extracontractuelle. Toutefois, une faute qualifiée est parfois requise par le législateur pour engager la responsabilité personnelle de certains auteurs de dommages ou pour imputer tout ou partie du dommage à une victime, en principe immunisée, « qui l'aurait vraiment cherché ». L'immunité prévue par le législateur s'explique par la situation de faiblesse ou de subordination dans laquelle les bénéficiaires de l'immunité se trouvent ;
3. dans le même temps où il confère à certains auteurs de dommages une immunité civile assez large, le législateur multiplie, particulièrement dans les relations de consommation, les restrictions à la validité des clauses exonératoires et limitatives de responsabilité. Multiplication des immunités légales d'un côté, restrictions aux immunités conventionnelles d'autre part.

Le tableau est contrasté. La faute reste un élément central. Mais en quoi consiste-t-elle ? Si elle est un aiguillon nécessaire dans toute société qui veut vivre, en quoi *doit-elle* consister ? C'est à ces questions que sont consacrées les pages qui suivent.

1. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *o.c.*, p. 585, n° 517 et les références citées en note 759.

2. Notamment art. 1:101, 4:101 et 9:102(2) commentés par B. GIRARD, *o.c.*, n° 87.

Chapitre 2. Définition de la faute civile

SECTION 1^{RE}. LE SILENCE DU CODE CIVIL

14. Le Code civil ne définit pas la faute. On peut y voir une marque de sagesse ou un aveu d'impuissance. Selon Carbonnier, la loi considérerait, à raison, qu'il s'agit d'une notion évidente, « donnée à tous les hommes »¹. Ce point de vue est contestable. Il nous semble dépassé dans une société où la norme de civilité recule. Il n'y a plus de morale sociale dominante ni d'accord spontané sur ce qui est fautif et sur ce qui ne l'est pas. Une définition de la faute serait juridiquement utile comme l'a compris le législateur français. L'article 1242 du projet de loi français sur la réforme de la responsabilité civile définit la faute, de façon concise et précise, comme « la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ».

S'il ne définit pas la faute, le Code civil de 1804 la mentionne dans de nombreuses dispositions tant en matière délictuelle qu'en matière contractuelle². Il donne parfois quelques précisions sur son contenu : de l'article 1383 du Code civil, il ressort que la négligence et l'imprudence sont des fautes, des quasi-délits. Alors que l'article 1382 du Code civil paraît viser le délit ou le fait volontaire, l'article 1383 du Code civil vise l'hypothèse du quasi-délit, de la faute involontaire, négligence ou imprudence entraînant un dommage qui n'a été ni voulu ni prévu. La distinction entre délit et quasi-délit n'a d'autre importance que de souligner qu'une faute quelconque suffit à engager la responsabilité de son auteur. L'obligation de réparation qui incombe à celui-ci dépend de l'ampleur du dommage causé et non de l'intention plus ou moins malicieuse qui anime le fautif³.

L'abstention dommageable peut être fautive et obliger à réparation. Elle s'insère souvent dans une action ou dans une série de comportements positifs dont elle ne peut être dissociée⁴. La loi au sens le plus large du terme – ce qui englobe les conventions internationales qui ont un effet en droit belge – impose de plus en plus fréquemment des obligations d'agir, dont la violation est fautive⁵.

15. En matière contractuelle, l'article 1137 du Code civil se réfère aux « soins d'un bon père de famille » pour déterminer l'intensité de l'obligation qui pèse

1. J. CARBONNIER, *o.c.*, t. IV, p. 374.

2. Voir p. ex. art. 589, 1732, 1789 ou 1992 C. civ. D'autres dispositions sanctionnent la négligence (p. ex. C. civ., art. 1631 et 2080) ou font référence au bon père de famille (C. civ., art. 1137). Pour un inventaire complet, Ch. RADÉ, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, 1. L'impasse », *D.*, 1999, p. 314.

3. R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. I, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 106 et s. ; DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., pp. 873 et s. Les articles 1382 et 1383 du Code civil ont fait l'objet d'une interprétation très personnelle du Proc. gén. Leclercq (*Pas.*, 1932, I, 200 et *Pas.*, 1937, I, 23). Pour une discussion, J. DABIN, « Les thèses de Mr. Le Procureur général Leclercq en matière de responsabilité civile », *R.G.A.R.*, 1933, 1315 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *o.c.*, n° 804.

4. J. CARBONNIER (*o.c.*, p. 376) donne l'exemple d'un entrepreneur qui omet de signaler une excavation sur un lieu de passage ; *ibid.*, p. 393 et la référence à la responsabilité du fait du silence dans l'affaire Branly (Civ., 27 février 1951, *D.*, 1951, p. 329). Une partie de la jurisprudence relative à la responsabilité des pouvoirs publics concerne des manquements par omission. Voir l'évolution retracée par P. LEWALLE, « La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge – Antécédents et perspectives », in *L'administration face à ses juges*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1987, pp. 9 et s. ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *o.c.*, p. 640, n° 762 (abstention de voter des crédits) et s., p. 648, n° 768 (méconnaissance de l'art. 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme) et pp. 651 et s. (responsabilité du fait de la voirie).

5. En droit belge, l'article 422bis du Code pénal sanctionne celui qui s'abstient de prêter assistance à une personne en péril grave, pour autant que l'intervention puisse se faire sans danger sérieux pour l'intervenant. Pour plus de détails, J. DU JARDIN, « La jurisprudence et l'abstention de porter secours », *R.D.P.*, 1983, pp. 955 et s. ; H. VUYE, « Schuldig hulpverzuim ... », in *Liber amicorum Jean du Jardin*, Anvers, Kluwer Ed. juridiques Belgique, 2001, pp. 431 et s. Sur l'ensemble de la question, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *o.c.*, p. 463, n° 456-1.

sur le conservateur de la chose. Dans le souci de concilier cette disposition avec le prescrit de l'article 1147 du Code civil, beaucoup plus rigoureux pour le débiteur de l'obligation, la doctrine s'est ralliée à une distinction proposée par Demogue¹ entre les obligations de moyens et les obligations de résultat. Nous reviendrons sur l'intérêt et la portée de cette distinction (vol. 2, n^{os} 91 et s.). À ce stade, relevons que l'explication proposée par Demogue conduit à faire de la faute un pivot de la responsabilité contractuelle. La responsabilité contractuelle du débiteur d'une obligation de moyens repose sur la faute prouvée : outre l'inexécution de l'obligation, le créancier insatisfait doit démontrer que son débiteur n'a pas apporté à l'exécution de celle-ci tous les soins d'un bon père de famille. Le créancier d'une obligation de résultat peut se contenter de démontrer que l'engagement précis contracté par le débiteur n'a pas été exécuté. La faute de ce dernier est présumée à partir de la constatation que le résultat promis n'a pas été atteint.

La généralisation de la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat a favorisé un certain impérialisme de la faute dans le domaine contractuel². Cet impérialisme est contesté par une partie de la doctrine récente³. Mais un empire est souvent travaillé de l'intérieur par ses provinces. Le bon père de famille, ce standard de la responsabilité extracontractuelle qui détermine le niveau de prudence et de diligence à respecter dans la vie sociale lorsqu'aucun texte précis ne détermine la conduite à adopter par le défendeur, ce bon père de famille provient de l'article 1137 du Code civil. L'article 1382 du Code civil n'utilise pas l'expression.

La tentation est grande de poursuivre le mouvement et d'appliquer au domaine extracontractuel la distinction entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat pour en faire une *summa divisio* du droit des obligations⁴. Dans le cas de l'obligation de moyens rebaptisée obligation générale de prudence et de diligence, la victime (ou le créancier) doit établir une imprudence ou une négligence du défendeur. Lorsque l'obligation est de résultat ou déterminée, il suffit à la victime (ou au créancier) de prouver que l'obligation légale ou contractuelle n'a pas été respectée. Ainsi qu'on le voit, les conséquences pratiques de la systématisation proposée sur la charge de la preuve sont importantes⁵. D'un point de vue terminologique, cette transplantation est critiquable. Elle confond devoir et obligation. Le devoir de diligence et de prudence du bon père de famille est une norme de conduite générale dans les relations extracontractuelles, tout comme la bonne foi impose un devoir général de loyauté dans les relations contractuelles. Ces devoirs devraient échapper, à notre avis, à la qualification en obligations de moyens ou de résultat⁶.

16. Le Code civil ne définit pas la faute mais des tentatives de définitions ont été faites dans des législations spécifiques, avec plus ou moins de succès. L'article 29bis, § 1^{er}, alinéa 6, de la loi sur l'assurance automobile obligatoire, avant sa modification par la loi du 19 janvier 2001, définissait la faute inexcusable comme une « faute volontaire, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans

1. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, Rousseau, 1925, n^o 1237.

2. Impérialisme perceptible chez MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1. *Obligations*, Paris, Montchrestien, 1991, pp. 428 et s.

3. Voir la brillante démonstration de Ph. RÉMY, *o.c.*, pp. 323 et s. ; E. SAVAUX, (« La fin de la responsabilité contractuelle? », *R.T.D. civ.*, 1999, p. 1), plaide pour l'abandon du concept de responsabilité contractuelle, tout en lui octroyant un sursis, car on ne se défait pas si vite d'un siècle d'habitude de pensée.

4. En ce sens, MAZEAUD et CHABAS., *o.c.*, pp. 452 et s.

5. Pour une critique de cette façon de procéder qui aboutit à mettre au second plan l'exigence d'imputabilité quand la faute invoquée consiste en la violation d'une disposition légale précise, Ch. HENNAU-HUBLET et G. SCHAMPS, *o.c.*, pp. 170 et s. ; J. DABIN et A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1951 à 1955). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1955, p. 222, n^o 15. Sur l'ensemble de la question, *infra*, vol. 2, n^{os} 94 et s.

6. Devoirs de « moyens » et devoirs de « résultat », tel est le titre, aux guillemets significatifs, du n^o 457 de l'ouvrage de G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *o.c.*, p. 467.

raison valable son auteur à un danger dont il devrait avoir conscience ». Cette définition a été abrogée par la loi du 19 janvier 2001 qui prive la victime du bénéfice de l'indemnisation automatique en cas de faute intentionnelle de sa part. Ceci vise l'hypothèse où la victime, qui doit être âgée de plus de quatorze ans, a voulu l'accident *et* ses conséquences (art. 29bis, § 1^{er}, al. 6). Cette hypothèse s'insère dans un régime d'indemnisation automatique dont on a souligné l'autonomie.

En l'absence de définition légale générale, force est de se tourner vers la jurisprudence et la doctrine. Qu'elle émane des juges du fond ou de la Cour de cassation, la jurisprudence belge n'a pas consacré *une* définition générale de la faute qui permettrait de distinguer d'emblée les comportements fautifs de ceux qui ne le sont pas.

La Cour de cassation belge use parcimonieusement de son pouvoir de contrôler la qualification juridique de la faute¹, ce qui laisse la place à des divergences dans la définition de celle-ci et surtout dans l'équilibre entre sa composante objective et sa composante subjective, réduite le plus souvent à la portion congrue. Cette liberté donnée aux juges du fond est un facteur de souplesse en même temps qu'une source d'insécurité juridique². À la doctrine de scruter les variations jurisprudentielles, de les synthétiser et de construire ce qu'elle estime être *la* jurisprudence en la matière³.

SECTION 2. LA FAUTE COMME CONSTRUCTION DOCTRINALE

17. Dans le silence du législateur, la doctrine a fait montre d'une créativité peut-être excessive et a proposé de multiples définitions de la faute. Nous en sélectionnons quelques-unes⁴ typiques par l'accent qu'elles mettent ou par le silence qu'elles gardent. Ceci permet de dégager les éléments qui nous paraissent pertinents pour notre propre essai de définition⁵.

À un niveau général, la faute civile est un comportement humain anormal au sens littéral du terme, c'est-à-dire un acte ou une omission contraire à la norme juridique. Au-delà de la diversité des formules employées, les auteurs belges s'accordent pour dire que la faute comporte deux éléments essentiels, un élément objectif – la transgression d'une norme juridiquement obligatoire – et un élément subjectif baptisé, selon les cas, imputabilité ou même culpabilité. Le premier élément vise l'écart entre le comportement prescrit par la norme et le comportement adopté par l'auteur de l'acte. Comme c'est d'un comportement humain

1. P. LEGROS, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la qualification de la faute en matière aquilienne », *R.G.A.R.*, 1977, 9692, part. n^{os} 8 et s. ; F. RIGAUD, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, particulièrement pp. 222 et s. où l'auteur qualifie la faute de fait normatif ; J. VAN MEERBEECK, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la qualification de la faute en matière aquilienne; trente ans après », *R.C.J.B.*, 2008, p. 376.

2. La tierce complicité en fournit un exemple typique. Voir L. SIMONT, « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », in *Mélanges offerts à Robert PIRSON*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 355 et s. L'auteur s'attache, de façon rigoureuse, à relativiser la portée des arrêts de la Cour sur lesquels la doctrine belge se fonde habituellement pour dégager les conditions de la responsabilité du tiers complice. Pour une discussion, J.-F. ROMAIN, *o.c.*, pp. 534 et s.

3. Pour une tentative de ce genre, voir J.-F. ROMAIN, *o.c.*, p. 825. Cet auteur distingue, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, trois définitions de la faute : la faute en tant que lésion d'un intérêt légitime, la faute en tant qu'acte objectivement illicite et la faute appréciée au regard du standard de comportement du *bonus vir*. Selon l'auteur, cette troisième définition serait la plus pertinente parce que la plus générale et la plus fondamentale.

4. Pour un inventaire des définitions de la faute, R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., vol. I, Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 164 et s. ; A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1949, pp. 199 et 200.

5. Cet essai de définition se prolonge dans l'analyse des éléments constitutifs de la faute où ressortent les enjeux véritables des controverses doctrinales (*infra*, vol. 2 et 3).

qu'il est question, il faut que cet écart émane d'un agent doté de conscience et de liberté, c'est-à-dire doté d'une certaine aptitude à comprendre la portée de ses actes et à s'en abstenir si ceux-ci sont contraires à la norme juridique¹. Même à ce niveau de généralité, les discussions apparaissent, particulièrement dans la doctrine française (§ 1^{er}), plus tourmentée que la doctrine belge (§ 2).

§ 1^{er}. La faute en doctrine française

18. En France, la définition la plus célèbre de la faute est celle de Planiol pour qui « La faute est un manquement à une obligation préexistante »². L'auteur dresse ensuite un tableau des obligations dont la violation constitue une faute³. Exercice périlleux car même si les législations contemporaines abondent en obligations de toutes sortes, toutes les obligations ne sont pas prédéterminées, spécifiées par un texte.

La définition de Planiol n'est pas inexacte mais incomplète⁴. Elle confond obligation et devoir. La jurisprudence et la doctrine belges emploient indifféremment les termes « obligation » et « devoir ». Il y a lieu de les distinguer. Le devoir, de prudence ou de bonne foi, est général. Sa violation peut donner lieu à une obligation, à un lien de droit entre le responsable et la victime. Sans doute parce que la faute civile avait autrefois un ancrage moral plus fort, une partie de la doctrine voyait dans la faute la violation d'un devoir⁵. Cette tendance réapparaît dans la doctrine française contemporaine qui définit la faute « comme la violation d'une norme ou d'un devoir qui s'imposait à l'agent »⁶. La montée en force des droits fondamentaux favorisera sans doute un retour du devoir dans la définition de la faute.

La définition de Planiol a exercé une influence certaine en doctrine française. Elle a le mérite de ne pas identifier la faute au dommage, ce dommage consisterait-il en une atteinte à l'intégrité corporelle⁷.

Une autre définition fréquemment citée est celle de MM. Mazeaud pour qui « la faute est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances 'externes' que le défendeur »⁸. Cette définition ne contredit pas celle de Planiol mais elle l'élargit. L'erreur de conduite peut en effet englober le manquement à une disposition spécifique comme la faute d'imprudence⁹. Le standard de référence n'est pas le bon père de famille mais la personne *avisée*, placée dans les mêmes circonstances

1. Comparer : la définition générale proposée par G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, o.c., pp. 442 et 443.

2. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1905, n° 863.

3. *Ibid.*, n° 864 et s.

4. J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, 7^e éd., Paris, éd. A. Colin, 1997, pp. 62 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, o.c., p. 443, n° 443.

5. En ce sens, A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1949, pp. 19 et s. Cet auteur insiste à plusieurs reprises sur la distinction, notamment quand il commente, de façon critique, la définition de la faute proposée par Planiol comme violation d'une obligation préexistante. Voir aussi p. 65 où l'auteur distingue les devoirs que la loi impose à chaque citoyen et les obligations que les parties définissent et assument par contrat. La fin de l'ouvrage (pp. 199 et 200) reprend quelques définitions de la faute dont certaines, avec le recul de temps, paraissent fort ouvertes, voire curieuses.

6. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, o.c., p. 445. Les auteurs systématisent ensuite les devoirs extracontractuels ainsi que les devoirs *et les obligations* (nous soulignons) nés du contrat ou greffés sur celui-ci (pp. 506 et s.).

7. Cette confusion de la faute et du dommage est le principal reproche adressé à la théorie du Procureur général Leclercq. Voir, en particulier, l'étude de J. DABIN, « Les thèses de M. le Procureur général Leclercq en matière de responsabilité civile », *R.G.A.R.*, 1933, 1315 ; P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, o.c., n° 804.

8. MAZEAUD et CHABAS, o.c., p. 455, n° 453 et la note 1.

9. *Ibid.*, p. 455. Les auteurs paraissent embarrassés par l'hypothèse de la faute intentionnelle car l'erreur de conduite vise surtout la négligence ou l'imprudence.

externes, ce qui hausse le niveau d'exigence applicable au défendeur en responsabilité. La faute ainsi définie s'applique aussi bien, selon ces auteurs, à la matière extracontractuelle qu'à la matière contractuelle, ce qui confirme le rôle fondamental et général qu'ils lui assignent dans la responsabilité civile¹.

La modification prochaine du droit de responsabilité civile français apportera une certaine paix doctrinale, puisque la faute est définie dans un article 1242 nouveau. Il reste toutefois utile de résumer les controverses françaises, pour mettre en relief, par contraste, le point de vue de la doctrine belge. La discussion porte tant sur la composante subjective que sur la composante objective de la faute.

19. Une première ligne de partage divise ou divisait, en France, ceux pour qui la faute comporte nécessairement un élément subjectif qualifié de moral ou, plus modestement, de psychologique et ceux pour qui la faute se réduit pratiquement à la transgression d'un devoir juridique sans référence au discernement de l'auteur du dommage². Dans cette seconde conception, la faute est dépouillée de tout élément psychologique et moral. Elle se fait objective³, ce qui permet de juger fautif l'acte d'un dément ou du gardien d'un animal devenu soudainement furieux. Dans la même veine, on aboutit à comparer *in abstracto* le comportement d'un enfant de cinq ans avec celui de l'homme normalement diligent et prudent, tout en continuant à affirmer haut et fort le rôle moralisateur de la faute⁴. Cette curieuse conception est, pour l'essentiel, celle défendue, avec vigueur et constance, par MM. Mazeaud⁵. Bien qu'elle ait fait l'objet de critiques⁶, elle a fini par s'imposer non seulement dans une grande partie de la doctrine française mais aussi dans la jurisprudence de la Cour de cassation française. Celle-ci, dans une série d'arrêts rendus en séance plénière, n'a pas exclu que la responsabilité de mineurs privés de discernement puisse être engagée pour faute⁷. Cette solution se satisfait de la seule preuve d'un acte illicite dans le chef du mineur concerné⁸. Elle s'explique partiellement par un contexte législatif propre au droit français⁹. Cette solution est reprise par le projet de réforme de la responsabilité civile. L'article 1242 du projet définit la faute sans faire référence à l'élément d'imputabilité, ce qui implique que le mineur engage sa responsabilité quels que soient son âge et son degré de discernement au moment des faits.

Cette solution est compréhensible au regard de l'indemnisation des victimes. Mais pourquoi s'obstiner à baptiser faute un acte objectivement illicite ? À quelle gymnastique intellectuelle doivent se livrer les meilleurs auteurs

1. *Ibid.*, pp. 427 et s., pp. 454 et s.

2. Pour une synthèse de la controverse, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, o.c., pp. 446 et s. et l'énumération des auteurs appartenant respectivement au « camp » subjectiviste et au « camp » objectiviste.

3. Pour plus de détails J.-L. FAGNART, « Introduction au droit de la responsabilité », ce *Traité*, livre 1^{er} bis, pp. 23 et s. ainsi que pp. 40 et s. (à propos de la dénaturation de la notion de faute). Voir aussi la synthèse du droit français et du droit belge de G. SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 808 et s.

4. Sur l'appréciation *in abstracto* qui évalue la conduite de l'agent par rapport à celle d'une personne placée dans les mêmes circonstances externes, *infra*, n^{os} 73 à 75.

5. Ceux-ci déclarent leur opposition résolue à la théorie du risque au motif qu'« établir une responsabilité automatique, c'est dégager la responsabilité de toute morale et de toute justice » (MAZEAUD et CHABAS, o.c., p. 422) tout en prônant une appréciation tellement abstraite de la conduite de l'agent (pp. 448 et s.) qu'on ne voit pas comment la faute pourrait encore avoir la moindre connotation morale.

6. Voir notamment P. ESMEIN, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, p. 481 : « Quand on vide les mots de leur sens usuel, on n'est pas compris et on n'est plus soi-même maître de sa pensée ».

7. Cass. fr. (ass. pl.), 9 mai 1984 (5 arrêts), *D.*, 1984, p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS.

8. H. MAZEAUD (« La 'faute objective' et la responsabilité sans faute », *D.*, 1985, chr. 13) y voit le triomphe de l'appréciation *in abstracto*. Pour une analyse plus nuancée de la jurisprudence de la Cour, R. LEGEAIS, « Le mineur et la responsabilité civile. A la recherche de la véritable portée des arrêts de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984 », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, pp. 253 et s.

9. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, o.c., pp. 700 et s.

français pour tenter de démontrer, en jouant sur le concept d'imputabilité, que celle-ci n'est pas une condition de la faute, mais reste une condition de la responsabilité¹ ?

20. Il n'est pas contesté, en doctrine française, que la faute comporte un élément objectif, transgression d'une norme juridiquement obligatoire ou violation d'un devoir. Il est discuté, en revanche, que la notion d'illicéité, connue notamment dans les droits d'inspiration germanique, soit nécessaire à la définition de la faute en droit français².

L'illicéité est une atteinte à des intérêts protégés par l'ordre juridique. Il n'est pas facile de distinguer si l'illicéité qualifie le comportement générateur du dommage ou le dommage lui-même résultant de ce comportement³. Dans le second cas, on risque de confondre la faute avec la lésion d'un droit. Celle-ci, par définition, s'identifierait au dommage illicite, ce qui rejaillirait sur le comportement de l'auteur frappé lui aussi d'illicéité⁴. Dans le premier cas, l'illicéité n'est rien d'autre que l'écart de conduite, le manquement par rapport à une norme de comportement juridiquement obligatoire. Elle n'apporte rien de vraiment neuf.

La doctrine française utilise parfois le concept d'illicite mais sans y attribuer autre chose qu'une vertu explicative⁵. Carbonnier est, à notre connaissance, un des rares auteurs à considérer l'illicite comme un élément constitutif de la faute, qu'il ajoute à l'élément matériel (la conduite de l'agent) et à l'élément psychologique (la volonté de l'agent) qui conditionne l'imputabilité de la faute à l'agent. Il inclut dans l'illicite l'élément de transgression caractéristique de la faute, qui peut être la violation d'une règle légale ou la violation d'une règle coutumière⁶. C'est la faute dans ce qu'elle a d'injuste, de contraire au droit.

Au fond, l'opposition entre les auteurs français est surtout verbale. La notion d'illicite, déjà utilisée par Planiol dans sa définition de la faute, condense ce que la notion de faute comporte de contraire au droit.

§ 2. La faute en doctrine belge

21. La doctrine belge est moins tourmentée que la doctrine française. Des nuances apparaissent cependant, en fonction de la pondération que chaque auteur accorde à la composante subjective et à la composante objective de la faute.

La définition la plus souvent citée est celle de Dabin et Lagasse :

« Est constitutif de faute tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou par omission, à une norme de conduite préexistante. Cette norme de conduite a sa source soit dans la loi ou les règlements (droit pénal, droit civil, droit administratif ...), – édictant une obligation déterminée ou indéterminée –, soit dans une série de règles de vie sociale, de morale, de convenances ou de technique, non formulées en textes législatifs : loyauté, bienséance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle ..., le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région »⁷.

Cette définition opère une synthèse à la fois sélective et amplifiante des éléments contenus dans les définitions de Planiol et de Mazeaud. Elle présente plusieurs avantages. Sans être étroitement légaliste, elle est plus précise dans la

1. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, o.c., p. 448, n° 444-1 où il est indiqué que l'imputabilité se situerait en dehors de la faute.

2. J. LIMPENS, « La faute et l'acte illicite en droit comparé », in *Mélanges J. DABIN*, Bruxelles, Bruylant, 1963, t. II, pp. 723 et s. distingue selon que l'illicite est considéré comme une condition supplémentaire pour l'existence de la responsabilité, ou un élément interprétatif cristallisant en quelque sorte ce que la notion de faute comporte de contraire à la loi.

3. M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 20 et s.

4. J. LIMPENS, o.c., p. 732.

5. Voir la discussion chez G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, o.c., n° 443.

6. J. CARBONNIER, o.c., pp. 381 et s., pp. 388 et s.

7. « Examen de jurisprudence (1939 à 1948). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (C. civ., art. 1382 et s.) », *R.C.J.B.*, 1949, p. 57, n° 15.

détermination des normes de conduite dont la transgression peut constituer une faute. Elle adopte une conception large de la règle dont la transgression peut être fautive : règles émanant de sources formelles du droit mais aussi règles, plus fuyantes, de bon comportement dont la juridicité, parfois incertaine, est finalement consacrée ou rejetée par le juge pour trancher le cas qui lui est soumis¹. Aussi prolixe soit-il en obligations diverses, le droit objectif ne saurait épuiser la diversité infinie des comportements fautifs possibles.

Exploitant la plasticité de la faute et l'ouverture des concepts de base qui la définissent, le juge peut donner des contours plus précis à ce qu'aurait dû être, en l'espèce, le comportement adéquat, prudent et diligent².

La définition de Dabin et Lagasse n'est pas exempte d'un certain parti pris. Elle semble supposer d'emblée juridiques les « règles de vie sociale, de morale, de convenances... » alors que précisément l'engagement de la responsabilité de l'auteur du dommage dépend de la réception par le juge de ce genre de règles³. Par ailleurs, il n'est pas exact d'affirmer que la norme par rapport à laquelle se définit le comportement fautif lui est nécessairement préexistante. La norme de prudence est bien souvent créée par le juge à l'épreuve du cas d'espèce qui lui est soumis. Le bon père de famille doit-il vraiment prévoir que des branches d'ifs risquent, en milieu rural, de causer un dommage si elles sont ingérées par le bétail de la prairie voisine⁴ ?

22. En définissant la faute comme un manquement à une norme de conduite préexistante, Dabin et Lagasse ont d'abord en vue la faute extracontractuelle⁵, bien que la généralité des termes utilisés permette d'inclure la violation d'une norme contractuelle. L'accent est porté, à l'excès nous semble-t-il, sur la composante objective de la faute. Une définition correcte de celle-ci ne peut passer sous silence sa composante psychologique ou subjective. Il n'y a en principe pas de faute si l'auteur de l'acte n'a pas la faculté de discernement ou n'a pu agir autrement qu'il ne l'a fait⁶. Ce principe est d'application en matière contractuelle⁷ et extracontractuelle.

Selon L. Cornelis, « on peut décrire la faute comme étant la méconnaissance d'une norme générale de prudence, imputable à la personne atraite en responsabilité, qui entraîne un dommage dont la survenance était prévisible »⁸. Cette définition souligne, par sa référence explicite au concept d'imputabilité, que la composante subjective de la faute en est un élément essentiel. Elle la spécifie même en faisant de la prévisibilité du dommage un élément constitutif supplémentaire de la faute (pour une discussion, *infra*, vol. 2). Elle ne reprend pas la distinction,

1. Le rôle du juge est appelé à prendre d'autant plus d'importance que se généralise le phénomène de la régulation douce (*soft law*) par les pouvoirs publics et, plus encore, celui de l'autorégulation par les pouvoirs privés. La nature exacte de la règle est elle-même en question. À ce sujet, F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *R.T.D. civ.*, 1995, pp. 509 et s.

2. R. O. DALCQ, « Responsabilité quasi-délictuelle et normes techniques et professionnelles », in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, pp. 463 et s.

3. De là à conclure qu'une règle n'est juridique que par transmutation judiciaire. D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 17: « L'éventualité d'un jugement nous paraît être le critère de la juridicité. » Comparer : J. GHESTIN, « Normalisation et contrat », in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 494.

4. Liège, 30 novembre 1992, *R.R.D.*, 1993, p. 240.

5. Elle est, en cela, plus restrictive que les définitions proposées par Mazeaud ou Planiol dont l'ambition avouée était de construire une théorie générale de la faute embrassant la violation des obligations légales et des obligations conventionnelles. Cf. sur ce point PH. RÉMY, *o.c.*, pp. 333 et s.

6. Ceci est, à juste titre, souligné par L. CORNELIS dans *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *o.c.*, pp. 25 et s. Cet auteur présente, en premier lieu, l'imputabilité comme élément constitutif de la faute.

7. Cass., 29 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 399 ; *R.C.J.B.*, 1987, pp. 213 et s., note F. GLANSDORFF, « La responsabilité contractuelle des malades mentaux et des autres personnes atteintes d'un trouble physique ou mental ».

8. L. CORNELIS, *o.c.*, p. 311.

généralement admise en doctrine belge¹, entre la violation d'une norme légale ou réglementaire spécifique et la violation de l'obligation générale de prudence et de diligence². Ce n'est pas un hasard. L'imputabilité reprenant ses droits, la transgression d'une norme spécifique n'est en définitive considérée que comme un cas particulier de la violation de la norme générale de prudence et de diligence par un agent juridique doté d'un minimum de conscience et de liberté³.

La distinction des deux cas de figure n'est cependant pas inutile car l'appréciation de la faute par le juge du fond et le contrôle exercé par la Cour de cassation diffèrent dans l'une et l'autre hypothèse (*infra*, vol. 2 et 3).

§ 3. Essai de synthèse

23. Une règle de droit peut être comparée à un message linguistique. Celui-ci comporte un émetteur, un récepteur et un message exprimé selon un certain code que le premier utilise pour se faire comprendre du second. En cas de difficulté d'interprétation du message, l'accent peut être mis sur l'intention de l'émetteur, sur sa compréhension par le destinataire mais aussi sur le message lui-même, interprété de façon objective et considéré comme relativement autonome par rapport aux protagonistes.

Les définitions de la faute civile peuvent être classées en trois catégories, selon qu'elles mettent l'accent sur la norme violée, sur l'auteur de la violation ou sur la victime de celle-ci. Cette classification est schématique. Elle force le trait. Bon nombre de définitions, par les nuances qu'elles mettent, relèvent de plusieurs catégories.

24. Un premier groupe de définitions caractérise la faute comme une illégalité, une violation du droit objectif. La violation de la norme, sa transgression retient l'attention. Cette conception tend (sous certaines réserves) à affirmer l'unité des notions de faute et d'illégalité⁴. Dans son arrêt du 13 mai 1982, la Cour de cassation considère comme fautive la violation d'une obligation déterminée, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité⁵. Cette formulation fait passer au second plan la composante psychologique⁶, sans la supprimer totalement. Poussée à la limite, cette conception considère la faute comme un acte objectivement illicite, dépouillé de tout élément moral de culpabilité, voire de tout élément de conscience. Cette conception radicale ne s'est pas imposée de façon générale en droit belge. Dans le domaine des responsabilités complexes comme celle des parents pour le fait de leurs en-

1. Voir p. ex. R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle. Examen de jurisprudence (1987 à 1993) », *R.C.J.B.*, 1995, p. 552 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence. 1996-2007, o.c.*, pp. 22 et s.

2. La distinction est cependant utilisée par L. Cornelis dans son exposé antérieur, particulièrement quand il s'interroge sur les relations existant la faute et la contravention à la loi (pp. 65 et s.).

3. Comparer avec la définition proposée par Mazeaud qui ne fait pas référence à l'imputabilité (*supra*, n° 18).

4. Voir p. ex. R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. I, n° 301 : « Le manquement à la loi ou aux règlements constitue le cas où la faute aquilienne est la moins discutable ». J.-L. FAGNART, « De la légalité à l'égalité », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 23, n° 22 : « L'acte illégal est par définition fautif ». Ces formules abruptes, isolées pour les besoins de la cause, sont cependant nuancées par les auteurs, réservant notamment le cas de l'erreur et de l'ignorance invincibles.

5. *Pas.*, 1982, I, p. 1056. Il s'agit d'un exemple parmi d'autres, la Cour usant d'une formulation stable. Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 83 ; Cass., 3 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 727 ; Cass., 9 février 2017, C.13.0143. F/1, site de la Cour. Dans cette affaire, il y avait eu un empiètement contesté sur le terrain d'autrui, mais sans que l'élément moral soit présent. Le juge du fond avait conclu à l'absence de faute. L'arrêt de la Cour de cassation, rendu sur les conclusions contraires du ministère public, décide qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet.

6. L'élément psychologique est affirmé plus nettement dans certains arrêts, plus anciens. Voir p. ex. : Cass., 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 178. Pour une analyse plus détaillée de la jurisprudence de la Cour, voir *infra* vol. 2, chap. 1^{er}.

fants mineurs, la jurisprudence belge admet toutefois qu'un acte objectivement illicite du mineur suffit à déclencher la présomption de responsabilité pesant sur ses parents¹.

25. Un deuxième groupe de définitions prend plus nettement en considération l'auteur de la transgression et sa faculté de discernement. Le comportement de l'auteur de la violation n'est considéré comme fautif que s'il est doté de conscience et de volonté, qui lui permet de se rendre compte de la violation qu'il commet, ce qui l'oblige à en rendre compte à autrui. Une définition en ce sens est celle, déjà citée, de L. Cornelis selon lequel, « on peut décrire la faute comme étant la méconnaissance d'une norme générale de prudence, imputable à la personne atraite en responsabilité, qui entraîne un dommage dont la survenance était prévisible »². Dans la même perspective, la faute a pu être définie comme une erreur de conduite que ne commettrait pas un homme prudent ou avisé³. S'il y a erreur de conduite, c'est que la faute ne se déduit pas, de façon mécanique, de l'écart du comportement litigieux par rapport à celui prescrit par la règle ou par le devoir général de prudence et de diligence.

Des variantes existent que l'on peut classer dans le premier ou le deuxième groupe de définitions en fonction du contenu et du poids de la composante objective. La définition de la faute peut être bicéphale et distinguer selon que son auteur viole une norme juridique lui imposant un comportement déterminé ou un devoir de bon comportement qu'aurait adopté une personne normalement prudente et diligente. La composante objective revient au premier plan dans la première branche de la définition mais elle doit être pondérée avec la composante psychologique qui s'exprimera de différentes façons, l'admission plus ou moins large de faits justificatifs, la compréhension de ce qu'est un bon père de famille ou l'introduction d'une exigence de prévisibilité du dommage dans l'appréciation de la faute, sinon dans sa définition.

Même tenue, la composante psychologique reste, à notre avis, nécessaire. La transgression est un acte contraire au droit et un fait de l'homme, ce qui interdit de l'assimiler totalement à un écart matériel entre ce qui est fait et ce qui est prescrit.

26. Un troisième groupe de définitions met l'accent sur le devoir de respecter autrui. Les définitions de la faute comme lésion d'un intérêt légitime⁴, comme atteinte aux attentes légitimes⁵ ou à la confiance légitime d'autrui⁶ ont pour centre de gravité la protection et le point de vue de la victime de la violation et du dommage⁷.

1. Sur l'ensemble de la question, B. DUBUISSON, « Autonomie et irresponsabilité du mineur », in *L'autonomie du mineur*, Bruxelles, Fac. univ. Saint-Louis, 1998 ; P. JADOU, J. SAMBON et B. VAN KEIRSBICK (dir.), pp. 79 et s., spéc. pp. 110 et s. ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, o.c., n° 903.

2. Définition citée *supra*, n° 22. C'est, à notre connaissance, l'une des rares définitions qui fait droit explicitement à la composante psychologique en la mettant à l'avant-plan.

3. Voir les définitions plus anciennes citées par A. RABUT (o.c., pp. 199 et 200), dont la plupart mentionnent explicitement l'élément de conscience ou de discernement.

4. Cette définition de la faute amène, à notre avis, à la confondre avec la définition du dommage réparable. Comparer : J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 123, n° 6.

5. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Bruxelles, Bruylant, 1995, en particulier, pp. 164 et s. consacrées à la responsabilité aquilienne comme expression du respect dû aux expectatives légitimes d'autrui.

6. Ce critère est souvent utilisé pour engager la responsabilité des pouvoirs publics en matière de voirie. Voir la jurisprudence citée par R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 692 et s. ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, o.c., pp. 651 et s., spéc. n° 783. En matière fiscale, M. PAQUES, « L'application de la loi fiscale – Principes de bonne administration en droit administratif et en droit fiscal », *Act. dr.*, 1993/2, pp. 447 et s. ; N. GEELHAND, « Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 157 et s.

7. Ce que la victime est en droit d'attendre et ce dont elle peut espérer réparation est naturellement lié à ce que l'auteur de l'acte dommageable peut faire. Comme l'écrit J. VAN RYN, (o.c., p. 123, n° 6), « Tout se ramène, en somme, à savoir si l'auteur de l'acte dommageable avait le *droit* d'agir comme il l'a fait ou si au contraire, la victime avait le *droit* de compter que son adversaire agirait autrement ».

Selon Josserand, « Commettre une faute délictuelle, c'est léser un droit sans pouvoir se réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent »¹. Dans cette perspective, la violation d'un droit subjectif constitue une faute². La faute est déduite quasi automatiquement de la violation du droit d'autrui. Ce point de vue est contestable parce qu'il fait abstraction de l'élément moral dans lequel s'enracine la faute³.

Certains auteurs vont très loin dans la prise en considération d'autrui. Pour Savatier, la faute naît de la violation d'un devoir légal, moral ou contractuel mais, plus largement, du devoir général de ne pas nuire à autrui⁴. Cette conception n'est pas conforme au droit positif. Celui-ci fait toutefois une place de plus en plus large au respect des droits d'autrui, que ces droits soient des droits réels mais aussi des droits de créance, comme le montre la jurisprudence sanctionnant le tiers qui se rend sciemment complice de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Dans le domaine de l'abus de droit, le critère de proportionnalité, devenu dominant, concrétise la faute civile en reliant le bénéfice tiré de l'exercice du droit par son titulaire et le dommage causé à celui qui subit cet exercice. Le dommage subi par autrui (re)fait intrusion dans la définition de l'abus et, par contamination, de la faute (*infra*, n^{os} 30 et s.).

27. Au terme de cette synthèse, nous définirions la faute comme la violation, imputable à son auteur, d'une norme juridiquement obligatoire lui imposant d'agir de façon déterminée ou de se comporter comme une personne normalement diligente et prudente.

Cette définition est classique. Elle ne fait pas de référence explicite aux droits, aux intérêts ou aux attentes de la personne lésée. Elle fait droit à l'élément d'imputabilité. Toute faute comporte, fût-ce de façon ténue, un élément objectif de transgression de la norme et un élément subjectif ou psychologique permettant d'imputer la transgression à l'auteur de celle-ci⁵. En affirmant cet élément d'imputabilité, nous sommes conscients que nous sommes en décalage par rapport aux projets en cours qui écartent généralement l'élément d'imputabilité de la définition de la faute.

28. Le concept de « norme juridiquement obligatoire » adopté dans la définition proposée est à prendre au sens large. Quant à la source de la norme tout d'abord. Il peut s'agir d'une norme de droit interne, loi ou règlement ou d'une norme de droit international ayant des effets dans l'ordre juridique interne⁶. Il peut aussi s'agir de la loi des parties déterminée par le contrat (art. 1134, al. 1^{er}, C. civ.), du moins si l'on admet que la responsabilité contractuelle pour faute s'applique à l'inexécution du contrat⁷.

Quant à son contenu ensuite. La norme peut préciser le comportement à adopter : elle prescrit d'agir ou de s'abstenir. De plus en plus, les normes de

1. *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, Sirey, 1930, n° 426.

2. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak – Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993) », *T.P.R.*, 1995/3, pp. 1167 et s. Cette définition de la faute comme atteinte à un droit subjectif est présentée, semble-t-il, comme complémentaire aux définitions classiques de la faute. Comparer : B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, o.c., pp. 45 à 48.

3. Comparer : L. CORNELIS, *Principes*, pp. 154 et s. En jurisprudence, Cass., 9 février 2017, C.13.0143. F/1 site de la Cour, arrêt précité dans lequel la Cour décide qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet.

4. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1951, n° 6. Cette conception très large aboutit à protéger toute lésion de l'intérêt d'autrui, ce qui oblige l'auteur à multiplier les faits justificatifs et les droits de nuire pour fonder les exceptions au principe selon lequel personne n'a le droit de nuire à autrui.

5. Pour plus de précisions sur ces deux composantes de la faute, vol. 2 et vol. 3.

6. Voir les conclusions de J. VELU, précédant Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056 ; *J.T.*, 1982, p. 72, spéc. n° 19. La jurisprudence initiale de la Cour parlait de norme de droit international ayant des effets directs, adjectif qui a disparu par la suite.

7. *Contra* : Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *R.T.D. civ.*, 1997, pp. 323 et s.

droit civiles, pénales, administratives imposent à leurs destinataires des comportements bien déterminés, ce qui multiplie les possibilités de faute civile¹ et aussi semble-t-il, comme les législations sont de plus en plus complexes et touffues, les possibilités d'erreurs de droit.

La norme peut se contenter d'édicter de façon générale un devoir de prudence et de diligence. C'est le cas, en matière contractuelle, de l'article 1137 du Code civil qui oblige celui qui est chargé de la conservation d'une chose à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Une règle générale de bon comportement se déduit également de l'article 1382 du Code civil. Des dispositions spécifiques, législatives ou déontologiques peuvent affirmer ou préciser le devoir d'agir en bon professionnel loyal, prudent et diligent.

Par son caractère général, le devoir de prudence et de diligence inséré dans la norme juridique ouvre celle-ci aux règles de la vie sociale, de la déontologie professionnelle, des codes de bonne conduite, des règles de jeu etc. dont le juge tient compte dans son appréciation et dont il assure la transmutation².

29. Même dans un monde où les lois et règlements imposent de plus en plus d'obligations précises et déterminées, la norme de prudence et de diligence reste une nécessité. Comme Hart le souligne lumineusement, nous sommes des hommes et pas des dieux : le législateur ne peut connaître, anticiper et donc régler de façon détaillée toutes les combinaisons possibles de situations qui se produiront dans le futur³. Des notions floues permettent de combler cette insuffisance fondamentale et agissent comme soupape de sécurité. La violation de la norme de prudence peut donc engager la responsabilité de l'agent à défaut de disposition lui imposant une obligation déterminée. La norme de prudence peut aussi requérir plus : le respect d'une disposition légale prescrivant un comportement déterminé n'exclut pas un manquement au devoir de prudence et de diligence déduit de l'article 1382 du Code civil. La responsabilité civile pour faute peut être engagée alors même que l'agent se serait conformé à toutes les prescriptions légales et réglementaires applicables à son activité⁴. La solution paraît bien rigoureuse à l'heure où les législations souvent confuses prolifèrent.

Contrairement au droit anglais, les droits belge et français sont, formellement, « légicentrés ». Le choix de termes flous ou de standards par le législateur peut être vu comme une mesure d'économie visant à éviter les coûts excessifs liés à la formulation d'une règle précise dans des situations trop complexes ou soumises à des changements accélérés. Le législateur délègue en quelque sorte aux tribunaux le soin de formuler la règle de conduite adéquate à la situation litigieuse. C'est pourquoi, en responsabilité civile, la jurisprudence joue un rôle majeur.

1. Voir les réflexions de B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », in *La faute dans différentes branches du droit*, UCL, Barreau de Nivelles, juin 1999, pp. 22 et s.

2. Comparer la définition de Dabin et Lagasse (citée au n° 21) donnant l'impression que les règles de vie sociale, de morale, de déontologie, de convenances etc. ne sont pas juridiques mais sont pourtant juridiquement obligatoires. Pour une critique analogue, X. DIEUX, *o.c.*, pp. 166 et s. Le juge tient compte de ces règles et pratiques, qui peuvent aider à définir le comportement prudent, ce qui ne signifie pas qu'il les entérine comme le montre la jurisprudence relative à la responsabilité médicale ou à la responsabilité du journaliste.

3. H. HART, *The Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 128.

4. L. CORNELIS et P. VAN OMMESSLAGHE, « Les 'faits justificatifs' dans le droit belge de la responsabilité aquilienne », in *Memoriam Jean Limpens*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987, p. 268 et la jurisprudence citée en note 14 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *o.c.*, p. 23 n° 3. En matière de responsabilité environnementale, Anvers, 17 février 1988, *Amén./Env.*, 1989/4, pp. 183 et s. ; Civ. Liège, 12 octobre 1992, *Amén./Env.*, 1993/3, pp. 174 et s.

Chapitre 3. Aux limites de la faute : l'abus de droit

30. L'abus de droit reste un concept paradoxal dont l'examen livre des enseignements utiles pour définir la faute. Reconnu comme un principe général de droit par la jurisprudence belge, il trouve à s'appliquer dans diverses branches du droit, droit des biens, droit judiciaire ou droit des obligations.

La jurisprudence belge reconnaît largement l'abus de droit¹, tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle et en donne une définition générale empruntée à la responsabilité civile (section 1^{re}). Les rapports entre la faute civile et de l'abus de droit sont toutefois plus complexes qu'il n'y paraît : la faute ne peut être admise dans l'exercice d'un droit qu'avec une certaine prudence (section 2).

SECTION 1^{RE}. L'ABUS DE DROIT, UNE CRÉATION JURISPRUDENTIELLE

§ 1^{er}. Étapes principales

31. Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1971², la théorie de l'abus de droit n'a cessé de s'étendre et de se préciser en droit belge. Ce n'était pas la première fois que la Cour avait à se prononcer en la matière. Un arrêt du 12 juillet 1917 affirme nettement que « si la concurrence est un droit dérivant de la liberté du commerce, celle-ci a ses limites, comme la propriété, et qu'entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui sera dommageable pour autrui »³. La Cour admet de façon générale que l'abus de droit est un correctif à l'exercice des droits. Elle admet aussi que l'intention exclusive de nuire du titulaire du droit, difficile à prouver en pratique, n'est pas l'unique critère permettant d'apprécier si l'exercice d'un droit est ou non abusif⁴.

L'arrêt du 10 septembre 1971 refuse de censurer une décision du Tribunal de première instance de Namur qui avait considéré comme abusive la demande de démolition d'un mur intentée par le propriétaire d'un fonds voisin victime,

1. Sur l'ensemble de l'évolution et pour une discussion des fondements de l'abus de droit, P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, o.c., pp. 54 et s. Dans sa chronique de jurisprudence (*La responsabilité civile (1985-1995), Dossiers du J.T.*, Bruxelles, Larcier 1997, p. 54, n° 45), J.-L. Fagnart stigmatise l'abus de la théorie de l'abus de droit. Comparer, dans un sens plus favorable aux extensions successives de l'abus de droit, P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », in *Apparences, simulations et fraude à la loi*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 89 et s. ; S. STIJNS et F. AUVRAY, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », in *Les obligations contractuelles*, dir. M. DUPONT, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 285 et s.

2. Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28 et la note W.G. ; *Arr. Cass.* 1972, p. 31 et concl. Proc. gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; *R.C.J.B.*, 1976, pp. 300 et s., note P. VAN OMMESSLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi ».

3. Cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 73 (l'affaire opposait le propriétaire de l'Innovation et le propriétaire du Bon Marché dont l'enseigne lumineuse cachait complètement celle de l'Innovation). Voir aussi Cass., 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332. Pour un commentaire de l'ensemble de la jurisprudence belge, faisant le lien entre le droit des biens et le droit des contrats, S. STIJNS et H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit et de droit des biens », in *Eigendom/Propriété*, UFSIA – Faculté de droit de Namur, Die Keure – La Charte, Bruges, 1996, pp. 97 et s., spéc. p. 103.

4. Ce critère, utilisé par la Cour de cassation de France dans l'affaire Clément Bayard (Cass. fr., 3 août 1915, *D.*, 1917, p. 79), reste un des critères de l'abus de droit tant en matière extracontractuelle qu'en matière contractuelle, même si, en matière contractuelle, il est largement supplanté par le critère de proportionnalité. A propos de l'intention de nuire dans l'abus de droit procédural, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, o.c., pp. 53 à 77. En droit des biens, voir les références citées par S. STIJNS et H. VUYE, o.c., p. 101, note 15.

depuis 23 ans, d'un léger empiètement sans aucune plainte de sa part. Le Tribunal de Namur avait substitué des dommages-intérêts à la démolition demandée.

Selon la Cour, « le droit d'exiger la démolition à la suite de l'appropriation illicite du bien d'autrui par un tiers, ainsi que le droit de propriété dont ce droit de démolition sanctionne la violation, sont susceptibles d'abus ; (que) pareil abus peut résulter non seulement de l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire, mais aussi de l'exercice de ce droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente.

Attendu que, tenant compte de ce que cette situation existe depuis 23 ans, de l'importance limitée du dommage et de sa disproportion avec le préjudice qu'une démolition éventuelle causerait aux défendeurs, le tribunal a pu considérer que, dans les circonstances présentes, exiger la démolition dépassait manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente, et en déduire qu'en l'espèce l'appropriation d'une étroite bande de terrain devait être réparée, non en nature, mais par une allocation de dommages-intérêts proportionnés au préjudice subi ».

32. Dans cet arrêt de principe, la Cour ne rompt pas avec sa jurisprudence antérieure. Elle refuse, comme dans son arrêt du 12 juillet 1917, de limiter l'abus de droit à l'hypothèse où le droit est exercé avec l'intention de nuire¹.

La Cour ne s'en tient pas là. Elle généralise. L'abus de droit est défini comme l'exercice d'un droit qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente. Il est tentant de voir dans cette formule générale une référence à la faute civile visée à l'article 1382 du Code civil, bien que la Cour ne fasse pas explicitement allusion à cette disposition dans sa motivation. Ceci laisse planer un léger doute, levé par la majorité des commentateurs, sur le fondement juridique de l'abus de droit en matière extracontractuelle².

Enfin, la Cour innove. Il est indiscuté que l'arrêt du 10 septembre 1971 consacre le critère dit de proportionnalité ou de disproportion³, ce qui implique une comparaison, une pesée, une balance des intérêts en présence. La Cour ne censure pas le juge du fond pour avoir caractérisé l'abus à partir de la disproportion existant entre l'avantage retiré par le titulaire de l'exercice du droit et le préjudice qui en découle pour le tiers⁴. Cette disproportion joue comme un révélateur. Elle objective la faute dans une hypothèse où celle-ci ne doit être

1. Plus précisément avec la *seule* intention de nuire. Il faut que l'usage du droit ne s'explique que par l'intention de nuire à autrui. P. VAN OMMESELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *o.c.*, pp. 327 et s. Ceci a été rappelé incidemment par la Cour de cassation en matière extracontractuelle, dans un arrêt du 19 novembre 1987 (*Pas.*, 1988, I, p. 332).

2. En ce sens, P. VAN OMMESELAGHE (note citée, *R.C.J.B.*, 1976, p. 312) pour qui la Cour « a maintenant déterminé sans ambiguïté la base juridique du recours fondé sur l'abus de droit ». Dans le même sens, R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen », *R.C.J.B.*, 1995, p. 554, n° 19 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WYNANT, « Overzicht », *T.P.R.*, 1995/3, pp. 1215 et s. L'opposant le plus résolu à l'application des règles de la responsabilité civile extracontractuelle à l'abus de droit est le professeur Cornelis dans *Principes*, p. 87, n° 50 et s. Cet auteur en est venu à contester la théorie de l'abus de droit elle-même en tant que création jurisprudentielle. Cf. *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, n° 252 et s. Plus nuancés mais réservés sur l'application des critères traditionnels de la faute à l'abus de droit, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence. 1996-2007*, *o.c.*, n° 39. En droit français, J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *o.c.*, pp. 112 et s. (ces auteurs concluent au n° 114 qu'en dépit des apparences, le critère de la faute n'est pas très ferme).

3. L'introduction du critère de proportionnalité en droit belge est due à A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », note sous Gand, 20 novembre 1950, *R.C.J.B.*, 1953, pp. 272 et s., part. n° 21 et s. ; « L'abus de droit en matière contractuelle », note sous Liège, 14 février 1964, *R.C.J.B.*, 1969, pp. 501 et s.

4. La terminologie est flottante : la doctrine, quand elle évoque ou quand elle définit le critère de proportionnalité, fait référence tant au rapport entre les intérêts en présence, intérêt servi et intérêt lésé qu'au rapport entre l'avantage retiré par le titulaire et le préjudice subi par le tiers ou par le cocontractant. Voir p. ex. P. VAN OMMESELAGHE, note citée, *R.C.J.B.*, 1976, n° 13 et 16.

admise qu'avec prudence puisque le titulaire, à première vue, ne fait qu'exercer son droit.

33. La Cour a poursuivi son œuvre. L'abus de droit s'est vu conférer droit de cité en matière contractuelle par un arrêt du 19 septembre 1983¹. Cet arrêt, généralement approuvé en doctrine², fonde l'abus de droit non sur l'article 1382 du Code civil mais sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions énoncé à l'article 1134, alinéa 3.

« Attendu que si le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134 du Code civil, interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci, pareil abus suppose que lorsque cette partie use, dans son seul intérêt, d'un droit qu'elle puise dans la convention, elle en retire un avantage disproportionné à la charge corrélative de l'autre partie ».

La jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 19 septembre 1983 a un triple intérêt :

1° l'abus de droit contractuel se voit reconnaître un fondement juridique propre et se trouve sanctionné par les règles de la responsabilité contractuelle, ce qui permet d'éviter le problème du cumul des responsabilités ;

2° elle consacre l'effet modérateur (appelé aussi effet restrictif ou limitatif) de la bonne foi³. Par la suite, la Cour, répondant aux interrogations de certains commentateurs, a explicitement affirmé l'équivalence entre la fonction modératrice de la bonne foi et l'abus de droit contractuel⁴. En d'autres termes, la fonction modératrice de la bonne foi coïncide avec l'abus de droit contractuel et ne l'excède pas. Pareille équation préserve le principe de la convention-loi qui aurait pu être vidé de toute substance par un correctif aux contours trop flous ;

3° la Cour se réfère au critère de proportionnalité que l'arrêt du 10 septembre 1971 a consacré en matière extracontractuelle.

Le critère de proportionnalité, devenu prépondérant⁵, transcende la division entre le domaine contractuel et le domaine extracontractuel. Il est applicable de façon générale à l'exercice de toute prérogative contractuelle, à l'exécution en nature d'une obligation⁶ comme à la demande en résolution, aux clauses pénales⁷ comme aux clauses résolutoires expresses⁸.

1. *Pas.*, 1984, I, 55 ; *J.T.*, 1985, p. 56, note S. DUFRENE ; *R.C.J.B.*, 1986, pp. 282 et s., note J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion ».

2. J.-L. FAGNART, note citée, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 311 et s. ; P. A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 201 et s. ; J.-F. ROMAIN, « Théorie critique ... », *o.c.*, pp. 885 et s. ; S. STIJS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations: les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 704, n° 38. *Contra* : L. CORNELIS, *Principes*, pp. 97 et s.

3. P. A. FORIERS, note citée, *R.C.J.B.*, 1994, p. 204 ; S. STIJS et H. VUYE, *o.c.*, p. 113 ; S. STIJS, « Abus, mais de quel(s) droit(s)? », *J.T.*, 1990, p. 36, point 1.3.2.

4. Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061 spéc. 1063 ; dans le même sens, Cass., 20 février 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 549, spéc. p. 551. Selon le second de ces arrêts rejetant, en termes pratiquement identiques, la « rechtsverwerking » comme principe général de droit, « une partie ne viole pas l'article 1134, alinéa 3 du Code civil consacrant le principe de l'exécution de bonne foi des conventions lorsqu'elle fait usage du droit qu'elle trouve dans la convention légalement formée, sans qu'il soit établi qu'elle en ait abusé ».

5. Le critère de proportionnalité est plus utilisé par la Cour de cassation en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle bien qu'il ait été introduit en droit belge par l'arrêt du 10 septembre 1971. En matière contractuelle voir p. ex. Cass., 19 septembre 1983 commenté au texte (n° 33) ; Cass., 6 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 990 ; Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332 et s. ; Cass., 30 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 392 ; Cass., 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 472 et s., *R.C.J.B.*, 1994, pp. 185 et s., note P. A. FORIERS. Sur la combinaison du critère générique et du critère de proportionnalité, S. STIJS et F. AUVRAY, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », in *Les obligations contractuelles*, sous la direction de M. DUPONT, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 280, n° 7.

6. Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643 (à propos d'une demande d'exécution de pension alimentaire).

7. Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 729 ; Cass., 8 février 2001, *T. Not.*, 2001, p. 473, note C. DE WULF.

8. Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392, commenté par S. STIJS et F. AUVRAY, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *o.c.*, p. 316, n° 41.

§ 2. Définition générale et critères de l'abus de droit

34. Bien qu'elle assigne deux fondements juridiques distincts à l'abus de droit, selon qu'il est contractuel ou extracontractuel, la Cour de cassation a aligné la définition générale de l'abus de droit dans le domaine contractuel sur celle qui figure dans l'arrêt du 10 septembre 1971.

Un arrêt du 1^{er} février 1996, après avoir confirmé que l'abus de droit contractuel trouvait son fondement non dans les articles 1382 et 1383 du Code civil mais dans l'article 1134, alinéa 3, du même Code, énonce ensuite qu'« un abus de droit consiste en l'exercice de droits d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne normalement diligente et prudente »¹.

Si un droit peut faire l'objet d'un abus parce qu'il confère à son titulaire un pouvoir exclusif et que les limites en sont suffisamment déterminées, il était contesté en doctrine belge qu'il en aille de même pour les libertés à cause de l'indétermination du pouvoir qu'elles confèrent à leur bénéficiaire². Dans un arrêt du 7 octobre 2011³, la Cour de cassation a clairement pris parti sur la question, dans une affaire où un médecin reprochait à une clinique de ne pas lui avoir accordé le statut de « médecin intégré », ce qu'elle avait accordé à ses collègues. Selon la Cour, « Le refus de contracter peut constituer un abus de droit lorsque l'usage de la liberté de ne pas contracter est exercé d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de cette liberté par une personne prudente et diligente ». La Cour considère donc qu'il peut être abusé, pendant la phase précontractuelle, de la liberté de contracter et applique à cette hypothèse le critère générique de l'abus de droit. Dans la suite de l'exposé, nous nous concentrons sur l'abus de droit, la distinction entre un droit et une liberté faisant l'objet de controverses trop complexes pour être intégrées ici⁴.

35. L'unification des définitions étant réalisée, la question essentielle est celle de la détermination et de l'interprétation des critères servant à caractériser l'abus. L'abus de droit ne se déduit pas du simple fait que le titulaire du droit l'exerce à son avantage ou de façon égoïste. Selon un critère dit générique, l'abus de droit résulte de l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse *manifestement* les limites de l'exercice de celui-ci par une personne normalement diligente et prudente. L'abus de droit ne peut pas être dégagé à la légère par le juge. Le droit subjectif confère en effet à son titulaire un pouvoir d'appréciation qu'il exerce dans son intérêt propre. Même s'il est égoïste, l'exercice d'un droit subjectif est présumé légitime et ce n'est que lorsque le titulaire outrepassa la zone raisonnable de liberté que lui confère son droit que le juge peut sanctionner un abus. Le contrôle du juge est donc qualifié de marginal.

Au fil du temps, la jurisprudence a dégagé des critères particuliers ou spécifiques qui se combinent avec le critère générique et permettent de concrétiser la

1. *Pas.*, 1996, I, p. 158 spéc. p. 160. Voir aussi dans la jurisprudence antérieure, Cass., 18 février 1988, *Pas.* 1988, I, p. 728 ; Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472 ; pour un commentaire, J.-F. ROMAIN, *o.c.*, 2000, pp. 115 et s.

2. Une partie de la doctrine soutenait que l'abus ne se conçoit qu'à propos d'un droit et non d'une liberté. Voir p. ex. S. STIJS, « Abus, mais de quel(s) droit(s)? », *J.T.*, 1990, 3.2.4. et réf. citées en note (125). *Contra* : P. VAN OMMESELAGHE, note citée, *R.C.J.B.*, 1976, pp. 324 et s. ; J. DABIN, *o.c.*, pp. 299 et s. A. DE BERSAQUES, dans sa note précitée (*R.C.J.B.*, 1969, p. 515, n° 20), voyait indifféremment dans la lésion qualifiée un abus du droit de contracter ou un abus de la liberté contractuelle.

3. *Pas.* 2011, p. 2148 ; *R.C.J.B.* 2013, p. 542, note critique Th. LÉONARD.

4. Pour une analyse de ce genre, TH. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter: une application excessive de la théorie de l'abus de droit », note sous Cass., 7 janvier 2011, *R.C.J.B.*, 2013, particulièrement pp. 567 à 578 où l'auteur plaide avec force pour le respect de la distinction entre les droits subjectifs et les libertés privées. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n°s 660 et s.

notion. Ces critères spécifiques¹, communs pour la plupart à l'abus de droit contractuel et extracontractuel, sont les suivants² :

- l'exercice d'un droit dans l'intention de nuire à autrui ;
- l'exercice d'un droit sans intérêt ou motif légitime ou encore sans intérêt raisonnable et suffisant, de façon préjudiciable à autrui ;
- le choix, entre différentes façons d'exercer un droit avec la même utilité, de l'exercer de façon dommageable à autrui ;
- l'exercice d'un droit entraînant une disproportion entre l'avantage obtenu par le titulaire du droit et le préjudice causé ou la charge infligée à l'autre partie ;
- le détournement du droit de sa finalité, s'il s'agit d'un droit fonction.

La liste des critères n'est pas close. Elle est susceptible de s'enrichir de critères supplémentaires. Peut être abusif l'exercice d'un droit d'une façon qui trompe la légitime confiance d'un cocontractant ou d'un tiers³. Il n'est pas exclu que l'abus de droit puisse être caractérisé par la disproportion existant entre l'avantage personnel retiré de l'exercice du droit et le préjudice causé à des intérêts collectifs tels que la protection de l'environnement⁴. Insistons-y : le principe reste que l'exercice d'un droit contractuel est licite. Il faut donc caractériser l'abus. Dans l'appréciation de la proportionnalité entre l'avantage recherché et le dommage causé par l'exercice du droit, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause, notamment de l'attitude de celui qui invoque le bénéfice de l'abus de droit alors qu'il est lui-même de mauvaise foi⁵.

36. De l'intention de nuire au critère de proportionnalité, l'évolution est exemplaire. Dans l'abus de droit comme dans la tierce complicité ou la fraude paulienne (*infra*, vol. 3), l'intention de nuire fournit le critère initial de la théorie alors qu'elle n'est pas, en principe, un élément constitutif de la faute civile. Critère subjectif focalisé sur l'état d'esprit moralement répréhensible de l'auteur de l'abus qui veut le dommage⁶. Puis, ce critère de l'intention de nuire, sans disparaître, se voit progressivement supplanté par des critères plus objectifs tels que, pour l'abus de droit, le critère de proportionnalité. Celui-ci est devenu tellement envahissant que pour certains auteurs, le critère de l'intention de nuire n'est en définitive qu'une hypothèse d'application du critère de la proportionnalité, ce qui nous semble excessif⁷. Le critère de proportionnalité sert à objectiver l'abus et met en exergue la dimension économique de l'exercice des droits par le

1. Ces critères permettent de caractériser l'abus et de concrétiser la définition générale de l'abus de droit. D'autres auteurs parlent de critères particuliers ou se réfèrent à une typologie des situations d'abus de droit. Cf. J.-F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites): réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2000, pp. 117 et s.

2. La présentation des critères est très similaire d'un auteur à l'autre. Cf. p. ex. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », p. 707, n° 45 ; J.-F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi », *o.c.*, pp. 115 et s. ; S. STIJNS et F. AUVRAY, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *o.c.*, pp. 285 et s. (ces études sont centrées sur l'abus de droit contractuel).

3. S. STIJNS et F. AUVRAY, *op. cit.*, 2016, p. 293. A. DE BERSAQUES (note citée, *R.C.J.B.*, 1969, pp. 510 et s.) définit principalement l'abus de droit en matière contractuelle par l'atteinte à la confiance légitime d'autrui. Pour une application, voir p. ex. Mons, 13 décembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000/8, pp. 770 et s. Comparer les réserves de P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *o.c.*, 2015, n° 46, rappelant que la confiance légitime n'est pas un principe général de droit ni un critère nouveau de l'abus de droit qui permettrait d'englober *de plano* dans l'abus de droit certains cas de « *rechtsverwerking* ».

4. Cass., 16 novembre 1961, *Pas.* 1962, I, p. 333 : « Entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui est dommageable pour autrui ou qui méconnaît l'intérêt général » (nous soulignons). Voir la jurisprudence citée par S. STIJNS et H. VUYE, « Tendances et réflexions ... », pp. 141 et s. à propos de demandes d'arrachages d'arbres jugées contraires à la protection de la nature, particulièrement en zone urbaine.

5. Cass., 14 novembre 1997, *Pas.* 1997, I, p. 1191 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *o.c.*, pp. 61 et s., pp. 76 et s. ; P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », in *Apparences, simulations et fraude à la loi*, Limal, Anthemis, 2015, p. 94, n° 10.

6. Sur cette analogie, P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *o.c.*, 2015, pp. 106 et s.

7. P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *o.c.*, 2015, n° 9. *Contra* : TH. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter: une application excessive de la théorie de l'abus de droit », *o.c.*, n° 44.

lien qu'il établit entre les avantages et les dommages liés à l'exercice d'une prérogative contractuelle ou extracontractuelle. Il est permis d'y voir l'expression d'un certain utilitarisme judiciaire qui, au-delà de la morale, entend promouvoir, de façon pragmatique, une rationalité économique dans l'exercice des droits¹. Sur le plan juridique, le critère de proportionnalité est discutable. Il introduit dans le débat sur la faute un élément qui doit en être, sur le plan théorique, soigneusement distingué : le dommage (*infra*, n^{os} 41 et s.)

SECTION 2. FAUTE CIVILE ET ABUS DE DROIT

§ 1^{er}. *L'abus de droit, dépassement des limites de l'exercice normal d'un droit*

37. L'abus de droit est devenu une familiarité de langage qui occulte ce que la formule contient de paradoxal sinon de contradictoire². Au début du siècle, Planiol répétait que « ... le droit cesse où l'abus commence, et (qu') il ne peut pas y avoir usage abusif d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit »³. Logiquement implacable, l'opinion de Planiol continue, malgré différentes tentatives de réfutation⁴, à alimenter les controverses théoriques.

En droit belge, l'abus de droit est largement reçu par une doctrine et une jurisprudence pragmatiques qui voient dans l'usage abusif d'un droit soit une faute aquilienne (art. 1382 C. civ.), soit une faute contractuelle (art. 1134, al. 3, C. civ.). La solution est séduisante d'élégance et de simplicité apparente, ce qui favorise sa promotion en pratique. Sur le plan théorique, elle ne fait pas taire toute discussion. L'abus de droit en matière contractuelle, fondé sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, n'est pas un cas de responsabilité contractuelle classique. C'est le manquement à un devoir général de bonne foi qui est en cause et non l'inexécution d'une obligation contractuelle spécifique convenue entre parties. On pourrait tout aussi bien le considérer comme une spécification d'un devoir extracontractuel plus général, dont la violation relève des articles 1382 et suivants du Code civil⁵.

Si l'on accepte l'idée que la responsabilité civile s'applique à l'usage abusif d'un droit, il faut encore déterminer quel contenu donner à la faute constitutive d'abus⁶. La Cour de cassation définit généralement l'abus de droit, contractuel ou extracontractuel, comme un dépassement *manifeste* des limites de l'exercice normal du droit par une personne diligente et prudente. L'utilisation de l'adjectif

1. L'évolution des commentaires doctrinaux et des fondements juridiques assignés à l'abus de droit par les philosophes du droit est, elle aussi, significative. Comparer, à cet égard, l'accent mis par J. Dabin sur le fondement moral de l'abus de droit (*Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 293 et s.) et l'accent mis par K. Raes sur la dimension économique de l'institution et sur son lien avec l'analyse économique du droit et la théorie du choix rationnel. K. RAES, « Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leers-tuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van de rechtsbeginselen », in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Kluwer Éd. juridiques Belgique, Rechtswetenschappen, 1994, pp. 1160 et s.

2. Sur ce thème, P. MARTENS, « Thémis et ses plumes », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 354 et s.

3. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1905, p. 284, n^o 871.

4. Nous ne pouvons reprendre ces controverses souvent passionnées. Pour une synthèse fine de celles-ci, voir notamment J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^e éd. Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 749 et s.

5. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat-Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 108 à 127 ; J.-F. ROMAIN, « Le devoir et l'obligation de bonne foi dans les droits de créance et les droits réels », *Le droit commun des contrats Questions choisies*, sous la direction de R. JAFFERALI, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 243 à 251.

6. Comme le relevait déjà Dabin (*o.c.*, pp. 299 et s.), il faut se demander, une fois admise l'application de la responsabilité civile, si toute faute quelconque, y compris la simple négligence ou imprudence, peut être retenue au titre d'abus de droit. La question reste pertinente, comme le montre un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 11 mai 1993 (*J.T.*, 1994, pp. 90 et s.) réformant la décision du premier juge qui avait admis l'abus de droit par simple imprudence.

« manifeste » ou de l'adverbe « manifestement » a soulevé un débat fondamental sous des dehors terminologiques.

38. Selon l'opinion du Professeur Cornelis, qui reste isolée, l'utilisation de l'adjectif manifeste ou de l'adverbe manifestement¹ indiquerait que l'abus de droit obéit à des critères d'appréciation différents de ceux appliqués à la faute civile et que la Cour rejette en ce domaine les principes de la responsabilité civile². L'abus de droit appartiendrait aux principes généraux du droit. Mais dans ce cas, il faudrait admettre que la violation de ceux-ci soit serait réglée par un régime spécifique, soit serait fautive, ce qui nous ferait revenir aux règles de la responsabilité civile. Est-il vraiment opportun de faire proliférer les principes généraux du droit ?

Nous ne pouvons discuter en détail le point de vue original de L. Cornelis. L'auteur, dans des publications ultérieures, conteste plus radicalement la possibilité pour la jurisprudence de créer un mécanisme correcteur aussi dérogatoire au droit que l'abus de droit³. En tous cas, une sorte de malaise subsiste quand on accepte de rattacher l'abus de droit en matière extracontractuelle aux articles 1382 et 1383 du Code civil. Ce malaise est exprimé, peut-être involontairement, par P. A. Foriers qui est pourtant un des partisans de la solution : « La seule particularité (nous soulignons) de l'abus de droit résulte dans le fait qu'il contracte en lui-même les trois conditions de la responsabilité civile : la faute, le dommage et le lien de causalité »⁴.

39. Selon une partie de la doctrine belge principalement néerlandophone⁵, le critère du « dépassement manifeste des limites de l'exercice normal du droit » impliquerait que l'abus de droit soit soumis à une appréciation qualifiée de marginale⁶. L'idée de base est qu'il existe, à l'intérieur des limites formelles d'un droit, toute une série de comportements qui, quoique dommageables à autrui, peuvent être non fautifs car ils auraient pu être adoptés par une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances externes.

Ce n'est que lorsque le comportement incriminé ne correspond à aucune des hypothèses d'exercice normal du droit en cause que celui-ci peut être sanctionné par le juge au titre d'abus de droit. Le contrôle marginal est donc une technique qui tient lieu au juge de garde-fou et lui évite de confronter directement le comportement litigieux à ses propres jugements de valeur⁷. Il s'agit, en d'autres termes, de sanctionner des comportements qui sortent de la sphère à l'intérieur de laquelle il y a place pour des différences d'appréciation.

40. C'est d'un droit qu'il est le plus souvent question. L'exercice d'un droit étant *a priori* licite, le contrôle marginal appliqué par le juge va l'amener à plus de réserves dans l'appréciation de la faute⁸ c'est-à-dire à relever le seuil à partir duquel le comportement du titulaire du droit va être considéré comme abusif et donc fautif. En matière d'abus de droit, le critère de dépassement manifeste

1. La Cour de cassation omet parfois cette précision, comme le reconnaît L. Cornelis dans ses *Principes*, p. 87, note 77. P. A. Foriers, (note citée, *R.C.J.B.*, 1994, p. 201, note 38), considère que l'omission du terme « manifeste » ou « manifestement » montre que celui-ci n'est pas un élément essentiel de la définition de l'abus de droit.

2. L. CORNELIS, *Principes*, pp. 88 et s. *Contra* : P. A. FORIERS, note citée, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 199 et s.

3. *Algemene theorie van verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, n^{os} 252 et s.

4. P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *o.c.*, 2015, n^o 3.

5. Voir les références citées par S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droits? », *J.T.*, 1990, p. 41, note (148).

6. Cette technique d'appréciation est connue en néerlandais sous le nom de « marginale toetsing ». Le promoteur en droit belge en est le professeur Ronse dans une étude devenue classique « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, pp. 207 et s.

7. S. STIJNS, *o.c.*, 1990, pp. 40 et s.

8. S. STIJNS, (*o.c.*, p. 44, 3^e col.) parle « d'une obligation de circonspection et de réserve dans l'application de la théorie de l'abus de droit ». L'expression est reprise par un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 11 mai 1993 (*J.T.*, 1994, p. 90) qui, à juste titre à notre avis, s'attache à caractériser l'abus et non la faute.

induit une tentation, celle de renouer avec une gradation dans l'échelle des fautes et de ne considérer comme constitutives d'abus que les fautes lourdes, grossières ou manifestes commises par le titulaire dans l'exercice de son droit¹. En principe, la faute simple suffit à engager la responsabilité civile. On hésitera toutefois à admettre qu'une imprudence légère suffise pour atteindre le seuil à partir duquel l'usage dans l'exercice d'un droit peut être considéré comme abusif. Le titulaire d'un droit jouit dans l'exercice de celui-ci d'un *a priori* favorable, d'une sorte de légitimité présumée qui ne peut être levée que moyennant une caractérisation suffisante de l'abus pour que celui-ci soit qualifié de fautif. Cette caractérisation nécessaire s'oppose en tous cas à ce que le juge applique, sans plus, une conception tellement extensive de la faute qu'elle en viendrait à sanctionner pratiquement tout exercice dommageable du droit².

§ 2. De l'abus de droit à la faute civile par le critère de proportionnalité

41. Parmi les critères permettant de spécifier l'abus de droit, le critère de proportionnalité tient la vedette. Il joue le rôle d'un révélateur : il permet d'objectiver le dépassement de l'usage normal d'un droit. Certains auteurs vont plus loin et soutiennent que le critère de proportionnalité engloberait l'ensemble des critères spécifiques de l'abus de droit. Ils semblent en conclure que la violation du critère de proportionnalité définirait exactement l'abus de droit³. Dans cette perspective, peut-on encore dire du critère de la proportionnalité qu'il n'est qu'un critère spécifique ? En devenant *le* critère de l'abus de droit, ne tend-il pas à devenir, par voie de conséquence, un critère de la faute ?

42. Tout droit subjectif est une relation, un rapport. Même le droit de propriété, que le Code civil présente comme un monologue entre le propriétaire et sa chose, même le droit de propriété, présenté comme absolu, doit tenir compte de l'intérêt légitime d'autrui. Le critère de proportionnalité établit un lien entre le titulaire du droit et celui qui en subit l'exercice. Plus précisément, il établit un rapport entre le bénéfice que le titulaire retire de l'exercice de son droit et le dommage infligé à autrui, cocontractant ou tiers. Son application raisonnée doit permettre de trouver un équilibre entre des intérêts rivaux.

Le concept d'équilibre évoque la matière des troubles de voisinage dont la parenté avec l'abus de droit a été soulignée⁴. Certains auteurs considèrent même que les troubles de voisinage ne sont qu'une application particulière de la prohibition de l'abus de droit⁵.

Pour la doctrine classique, il y a lieu de distinguer l'abus de droit fondé sur la faute (extracontractuelle en l'occurrence) et les troubles de voisinage, hypothèse de responsabilité sans faute⁶. Ni en théorie ni en pratique, les choses ne sont toutefois si tranchées. La théorie des troubles de voisinage ne s'est dissociée que lentement de la faute qui constitue, selon la doctrine et la jurisprudence

1. K. Raes (*o.c.*, p. 1147) cède à la tentation en considérant que seule la faute lourde peut être constitutive d'abus de droit.

2. Comparer : P. A. Foriers (note citée, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 200 et s.) selon qui, même dans le droit commun de l'article 1382 du Code civil, les juges apprécient de manière « marginale » le comportement du défendeur à l'action en responsabilité.

3. P. A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 217 et s., n° 21 et particulièrement p. 218 ; P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *o.c.*, 2015, n° 9. Comparer : Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1995, pp. 129 et s. Cet auteur se demande si l'abus de droit n'est pas une simple manifestation du principe de proportionnalité. Le renversement de perspective est complet comme le montre le glissement de terminologie. On passe d'un *critère* d'objectivation à un *principe* fondateur.

4. S. STIJNS et H. VUYE, *Burenhinder, reeks Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, t. V, Antwerpen, Story-Scientia, 2000, pp. 142 et s.

5. L. CORNELIS, *Principes*, p. 733, n° 441.

6. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1975, pp. 812 et s. ; J. HANSENNE, *Les biens*, t. II, Coll. scient. Fac. dr. Lg., 1996, pp. 768 et s.

majoritaires, le socle de l'abus de droit. La Cour de cassation, avant de reconnaître un fondement autonome à la théorie des troubles de voisinage dans ses deux arrêts du 6 avril 1960¹, avait, dans son arrêt du 7 avril 1949², élargi la faute au point de considérer comme fautif « celui qui use de son bien de manière telle qu'il inflige à son voisin un dommage dépassant la mesure normale des inconvénients du voisinage ». La Cour a abandonné cette jurisprudence qui n'avait pas fait la paix judiciaire mais qui, sur le plan juridique, pouvait se justifier. À partir du moment où la théorie des troubles du voisinage a pour fondement l'article 544 du Code civil définissant le droit de propriété, il est tentant de considérer qu'un dommage excessif viole le droit de propriété et constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil³. Dans ce raisonnement, la faute se ramène à la lésion du droit du voisin.

Bien que la théorie des troubles de voisinage soit considérée comme une hypothèse de responsabilité sans faute, une conception large de la faute amène à recréer une proximité avec l'abus de droit si l'on accepte que celui-ci soit fondé sur la faute⁴. On a toutefois souligné que dans cette conception, seule une caractérisation rigoureuse du comportement pourrait faire conclure à l'abus et donc à la faute. En définitive, la proximité n'existe que parce qu'une notion, nominalement unique, recouvre des conceptions très différentes de la faute.

43. Si l'on passe à l'examen des sanctions prononcées par la jurisprudence belge, les risques de confusion existent également. En ce qui concerne les troubles de voisinage, la Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt du 14 décembre 1995⁵, que « lorsque le trouble a été causé par un fait non fautif, la juste et adéquate compensation rétablissant l'équilibre rompu ne peut consister en l'interdiction absolue de ce fait, même si, selon le juge du fond, l'interdiction absolue est la seule manière de rétablir l'équilibre rompu ». L'examen des sanctions prononcées par les juges du fond révèle toutefois que ceux-ci ne distinguent généralement pas entre « compensation » et « réparation ». Ils ont tendance à accorder la « réparation » intégrale du dommage causé par le trouble non fautif et, autant que possible, à ordonner des mesures susceptibles de prévenir ou de faire cesser le trouble⁶.

Dans un arrêt du 16 décembre 1982⁷, la Cour de cassation a précisé que l'exercice abusif d'un droit est sanctionné non par la déchéance totale de ce droit mais par la réduction de celui-ci à son usage normal ou par la réparation du dommage que l'abus a causé⁸. L'abus de droit peut donc avoir pour

1. *Pas.*, 1960, I, p. 915 et concl. Av. gén. MAHAUX ; *R.C.J.B.*, 1960, pp. 257 et s., note J. DABIN, « Le devoir d'indemnisation en cas de troubles de voisinage » ; N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence (1989-1998) – Les biens », *R.C.J.B.*, 2000, p. 308, n° 105 ; S. STIJNS et H. VUYE, *Burenhinder*, o.c., pp. 120 et s. et les nombreuses références citées. P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 310 et s.
2. Cass., 7 avril 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 273 et concl. Av. gén. JANSSENS DE BISTHOVEN ; *R.C.J.B.*, 1949, pp. 201 et s., note J. DABIN.
3. Pour une critique de ce raisonnement, J. DABIN, o.c., p. 214. Dans le même sens, S. STIJNS et H. VUYE, o.c., p. 134.
4. Dans leur ouvrage *Burenhinder* (o.c., p. 142, pp. 222 et s.), S. Stijns et H. Vuye mentionnent deux arrêts anciens de la Cour de cassation du 28 avril 1898 (*Pas.*, 1898, I, p. 157) et du 5 février 1914 (*Pas.*, 1914, I, p. 91) qui soulignent cette proximité. Dans les deux espèces, la Cour sanctionne, par le recours à l'abus du droit de propriété, des comportements qui, au regard des deux arrêts du 6 avril 1960, pourraient relever de la théorie des troubles de voisinage.
5. *Pas.*, 1995, I, p. 1164 ; *J.L.M.B.*, 1996, p. 966, note P. HENRY ; N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, « Examen », *R.C.J.B.*, 2000, p. 350, n° 127. P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, o.c., n°s 132 et 133.
6. Voir la jurisprudence citée par N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, « Examen », *R.C.J.B.*, 2000, pp. 344 et s., n°s 125 et s. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, o.c., pp. 313 et s.
7. *Pas.*, 1983, I, p. 472.
8. En quoi consiste la réduction d'un droit à son usage normal ? L'expression a suscité, à l'époque, les commentaires, voire la perplexité de certains auteurs. Voir les réflexions de P. A. FORIERS, o.c., 1994, pp. 206 et s. et, 20 ans plus tard, la synthèse qu'il propose. P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », o.c., 2015, pp. 103 et s.

conséquence l'octroi de dommages-intérêts à la victime de l'abus. Mais, quand c'est possible, le juge optera pour une solution qui prive d'effet le comportement abusif. Le juge a un pouvoir modérateur qui va se traduire de différentes façons. Il peut prononcer une réduction du droit à son usage normal (par exemple la réduction d'une indemnité forfaitaire prévue par une clause pénale utilisée abusivement). Dans d'autres cas, la sanction appliquée par le juge consistera à substituer un remède autre que celui réclamé par le créancier : si un bailleur réclame abusivement l'exécution en nature du contrat de location jusqu'à son terme alors que le locataire lui a fait des propositions raisonnables, le juge peut lui imposer la résolution qu'il n'a pas réclamée.

La réduction du droit équivaut parfois à une déchéance parce que la prérogative contractuelle exercée abusivement est totalement paralysée et n'est appelée à jouer qu'une seule fois¹. La réduction d'un droit à son usage normal est un concept que la jurisprudence de la Cour précise par touches successives et que la doctrine systématise².

Il n'est pas exclu qu'en fait la compensation que les juges accordent pour dommage excessif en matière de troubles du voisinage coïncide soit avec la réduction du droit à l'usage normal, soit avec la réparation de la totalité du dommage causé par l'exercice abusif du droit. En principe toutefois, si l'on suit l'enseignement de l'arrêt du 14 décembre 1995 précité, la compensation ne peut jamais aboutir à une interdiction absolue de l'exercice du droit alors qu'il est concevable que la sanction de l'abus de droit puisse *de facto* aboutir à la perte du droit.

44. Envisagé à partir du critère de proportionnalité, l'abus de droit ressemble à la théorie des troubles (excessifs) de voisinage. Les deux institutions ont en commun de se référer au dommage causé à la victime de l'abus ou du trouble.

Dans le cas de l'abus de droit, la référence au dommage causé est gênante. Même si le critère de proportionnalité est un critère spécifique, il aboutit à introduire le dommage causé comme élément d'appréciation de l'abus fautif puisque c'est le rapport entre le dommage causé et l'avantage retiré de l'exercice du droit qui va permettre d'objectiver l'abus. Cette analyse coût-bénéfice, familière aux tenants de l'analyse économique du droit³, risque, si on n'y prend garde, de

1. Voir les précisions dans Cass., 8 février 2001, *T. Not.*, 2001, p. 473, note C. DE WULF. En l'espèce, la clause pénale invoquée abusivement ne pouvait plus être invoquée ultérieurement, le contrat étant dissous. Pour plus de détails, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 488, pp. 427 et s.

2. P. BAZIER, « Abus de droit, rechtsverwerking et sanctions de l'abus de droit », note sous Cass., 1^{er} octobre 2011 et 6 janvier 2011, *R.G.D.C.* 2012/8, n° 8 et s. ; S. STIJNS et F. AUVRAY, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *o.c.*, pp. 299 et s.

3. Les ouvrages et études sont légion. Pour une application spécifique de ce genre d'analyse au droit belge de la responsabilité civile, M. FAURE et R. VAN DEN BERGH, « Efficienties van het foutcriterium in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht », *R.W.*, 1987-1988, pp. 1105 et s., particulièrement p. 1109 où l'exigence de prévisibilité du dommage est évaluée à la lumière de la formule, célèbre dans le monde anglo-américain, du juge L. Hand. Selon la formule de Hand, l'auteur d'un préjudice doit être tenu pour responsable aussi longtemps que le coût de la prise de précaution est inférieur au coût de l'accident multiplié par la probabilité de celui-ci (c'est-à-dire au dommage attendu). Pour des exemples chiffrés, Th. KIRAT, *Economie du droit*, éd. La Découverte, 1999, p. 88. Et, bien sûr, R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., Aspen Publishers, 1998, pp. 180 et s.

mener à une pesée mathématique des avantages et des préjudices assez éloignée des critères traditionnels d'appréciation de la faute¹.

Le Procureur général Ganshof Van Der Meersch avait, dans sa note sous l'arrêt du 10 septembre 1971, perçu le problème : « Sans doute, cette disproportion est-elle appréciée souverainement par le juge du fond, mais ne doit-on pas se demander si l'appréciation – nécessairement toute relative – de la 'proportionnalité' n'introduit pas dans le critère un élément difficile à préciser ? On a, au surplus, fait observer que l'étendue du dommage ne peut être un critère de l'irrégularité de cet acte »².

On objectera que certaines définitions de la faute font de la prévisibilité du dommage un élément constitutif à part entière³. Mais la prévisibilité du dommage est, dans ce cas, envisagée *in abstracto* au regard de la capacité de discernement requise du bon père de famille normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances externes⁴. Le critère de proportionnalité fait, en revanche, référence à un dommage *réalisé* dont l'ampleur concrète est disproportionnée par rapport à l'avantage que le titulaire retire de l'exercice du droit⁵. L'appréciation de l'abus de droit, si elle ne considérait que le dommage concret causé par l'exercice du droit, entrerait en conflit avec les principes qui régissent l'appréciation de la faute civile en général.

1. Ce risque de comparaison mathématique du préjudice causé à la victime et du préjudice causé au titulaire qui ne peut exercer son droit au motif de l'abus a été souligné par P. Van Ommeslaghe (*o.c.*, *R.C.J.B.*, 1976, pp. 334 et s.). Celui-ci préconise de prendre en compte toutes les circonstances de l'espèce ainsi que l'ensemble du comportement du défendeur à l'action en responsabilité et non pas seulement l'ampleur du préjudice qu'il pourrait encourir (n° 15, *in fine*). P. A. Foriers (*o.c.*, *R.C.J.B.*, 1994, p. 218) met en garde contre une approche arithmétique du problème qui paraît tenter une certaine jurisprudence. Voir p. ex., Civ. Bruxelles, 16 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 690 (comparaison entre le préjudice subi suite à l'abattage d'arbres plantés à mauvaise distance et le préjudice subi, à défaut d'abattage, par les demandeurs de celui-ci) ; Mons, 30 octobre 1990, *R.R.D.*, 1991, pp. 134 et s. (coût de remise en état d'une chose excédant manifestement l'intérêt qu'elle représente pour son propriétaire) ; Civ. Nivelles, 19 octobre 1998, *Amén./Env.*, 1999/2, p. 159 (refus de destruction de constructions illicites au motif que la destruction serait abusive puisqu'elle dépasserait de plus de trois fois le préjudice subi par le réclamant) ; Civ. Liège, 7 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 895 et s. (comparaison de l'économie fiscale pour un locataire avec la charge fiscale accrue pour le bailleur résultant de l'affectation professionnelle du bien loué).

2. Note W.G. sous Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, 35.

3. Voir la définition de L. Cornelis citée *supra*, n° 22. Pour une discussion de ce point de vue voir *infra*, vol. 2, n° 68.

4. Les économistes parlent dans ce cas d'une appréciation *ex ante*.

5. Les économistes parlent dans ce cas d'une évaluation *ex post*.

Index

A

Abus
– de droit 26, 30–44
Accident 11
– de la circulation 7–9
Action récursoire 11
Animal 19

B

Bon père de famille 15, 21
Bonne foi 33

C

Capacité 19, 22, 24–25
Clause
– abusive 12
– limitative ou exonératoire de responsabilité 12–13
Compensation 43
Concurrence 31
– déloyale 9
Confiance légitime 26, 35
Contrôle marginal 39, 44
Coups et blessures 11
Culpabilité 17, 24

D

Devoir 18, 26, 37
– de soins 5
Dément 19
Démolition 31
Déontologie 21, 28
Dol 1, 6, 11
Dommage 2, 7, 9, 14, 20, 26, 31, 35–36, 42, 44
– corporel 8–9, 12
– moral 9
– prévisibilité du ~ 22, 44
Dommages-intérêts 31
Droit de propriété 31, 42
Droits subjectifs 9, 26

E

Enfant 19, 24
Environnement 10, 35
Erreur invincible 25

F

Faute 1–44
– grave 2
– hiérarchie des ~ 6
– inexcusable 2, 16
– intentionnelle 16
– légère 1, 11
– lourde 1–2, 6, 11, 40
– par commission 5
– par omission 5
Fraude paulienne 36

I

Illicéité 20
Imprudence 4, 14–15, 18, 31, 34, 37, 40
Imputabilité 17, 19–20, 22, 24–25, 27
Incapable 19
Intention de nuire 31–32, 35–36
Intermédiaires et conseillers en placement 28
Intégrité physique 18

L

Lésion 20, 26
Liberté du commerce 31
Lien de causalité 5, 8

M

Médias 9
Morale 1–2, 21, 36

N

Négligence 14–15

O

Obligation
– de moyens 15
– de prudence 10, 14–15, 21–22, 27–29
– de résultat 15
Omission 14, 21
Organe 11

P

Pratiques de commerce 7
Preuve 15
Principe
– d'égalité 11
– de précaution 10

- du pollueur-payeur 10
- Proportionnalité, 26, 31-33, 35-36, 41, 44

R

Relativité aquilienne (théorie de la ~) 5

Responsabilité

- civile 1-44
- contractuelle 6, 9, 13-15, 18, 22, 28, 33-34
- de l'employeur 11
- des fonctionnaires de police 11
- des parents 24
- délictuelle 14
- du fait des animaux 19
- du fait des produits défectueux 8-9, 12
- du fait personnel 1-44
- du travailleur 6, 11
- du vendeur 12
- extracontractuelle 9, 13, 22, 32-34, 42
- *in solidum* 11

- médicale 9
- objective 8
- pénale 9, 11
- professionnelle 5-6
- sans faute 9-10, 42
- Réparation 14, 43

T

Théorie de la relativité aquilienne 5

Tierce complicité 36

Torts 5

Troubles de voisinage 7, 42, 44

U

Usager faible 16

Usages honnêtes 7, 28

V

Victime 5, 19, 26